



Trademark Law
Cases and Materials

商标法

原理与案例

王太平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

商标法 原理与案例

内 容 简 介

《商标法：原理与案例》是一本以深入理解和灵活掌握商标法原理和实务为核心目标的教科书。《商标法：原理与案例》一书的章节安排、材料选取、问题设置均以教学为中心，按照商标法的自然逻辑结构，《商标法：原理与案例》分成商标法概述、商标权取得的绝对条件、商标权取得的相对条件、商标权的内容与范围、商标权的取得体制与程序、商标权的行使、侵犯商标权的判定标准与具体判断、各种侵犯商标权的行为、侵犯商标权的抗辩事由、侵犯商标权的民事救济、驰名商标的保护以及商业标志权利冲突问题等12章，每章围绕该章节的核心问题，向学生展示相关原理和经典案例或材料，大多数案例或材料后都附有针对性的思考问题，这些思考问题大多指向案例或材料中最模糊也最富有争议的地带，努力挑战学生的思考极限，也为任课教师组织教学研讨指明方向。



“北京大学出版社”
微信公众号

ISBN 978-7-301-25434-9



9 787301 254349 >

定价：56.00元

Trademark Law
Cases and Materials

商标法

原理与案例

王太平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商标法:原理与案例/王太平著. —北京:北京大学出版社,2015.3

ISBN 978 - 7 - 301 - 25434 - 9

I. ①商… II. ①王… III. ①商标法—中国—教材 IV. ①D923.43

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 018068 号

- 书 名** 商标法:原理与案例
著作责任者 王太平 著
责任编辑 孙战营
标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25434 - 9
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址 <http://www.pup.cn>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印刷者 北京鑫海金澳胶印有限公司
经 销 者 新华书店
730 毫米×980 毫米 16 开本 31 印张 625 千字
2015 年 3 月第 1 版 2015 年 3 月第 1 次印刷
定 价 56.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

商标法
原理与案例

致谢与说明

严格地说,任何所谓的个人著作都不能说是著作者个人的。因为无论是思想与材料资源还是实际的完成过程,没有众多热心人的贡献,任何著作都是不可能最终完成的。因此,在这本书写完之际作此致谢与说明以铭记和表达感激之情。

首先,要感谢清华大学崔国斌教授和北京大学出版社孙战营老师。崔国斌教授不仅把我引荐给孙老师,而且还提供他写在前面的《专利法:原理与案例》和《著作权法:原理与案例》的模板供我参照。孙战营老师则不仅邀请我撰写本书,而且还是本书的责任编辑。孙老师对我时有拖沓的工作节奏非常宽容大度,但编校上却非常细心、严谨。这些均令我非常感动。

其次,要感谢听过我的课的湘潭大学知识产权学院的研究生们。自这本书开始写作之前至今天付梓出版,我在湘潭大学知识产权学院前前后后共讲授了五遍《商标法与反不正当竞争法专题研究》,这本书的许多内容都是在这些授课过程中完成的。尽管多数时间是我在课堂上讲,同学们在下面听,但他们的课堂参与带给了我许多灵感,更激发了我的许多新的认识。

再次,要特别感谢我的研究生邓璨、熊以、周怡、龙依婷、谭映华、谢欢、盛伟明、尹超群、唐莉等同学,她们在这本书的外文案例的初译上给予了我许多帮助,尽管最终经我逐字逐句全部重译或者校对,如有错误全部在我,但她们的帮助我一直铭记在心。

再次,要感谢书中所引相关理论、案例和材料的作者。抽去他们的贡献,本书将所剩无几。

最后,要对这本书的写作和使用做几点简短的说明:

1. 法条引用。本书论述除另有说明外全部是现行法的规定,但书中所引相关著述和案例仍然保持被引著述或案例原所述的法条,读者阅读时请特别注意被引著述或案例的时间及其对应的法条的内容。

2. 案例选取。尽管本书选取了许多案例,但却既不同于英美的案例书,也不同于我国的以案说法或者案例分析书,案例在这里既不像英美一样是一种可以被适用的先例,也不是如我国以往案例书那样为了理解现行法的规定而实例,本书所选案例(包括理论和材料)力求典型性,主要以权威性和所体现的特殊问题为标准来

2 商标法:原理与案例

选取,更为突出案例所引发或者反映的问题,期望通过这些问题启发思考,达到对商标法更深入而细致的把握。因此,本书的案例似乎更是一种分析问题的背景或者“场景”。需特别说明的是,本书有的案例是判决原文,有些经过了一定的删节,相关外文案例的全部注引均略去,需要的读者请自行查找原文。

3. 读者对象。本书目标主要是研究生兼及优秀本科生,也欢迎学界同仁批评指正。本书作者针对研究生教学一直以专题为主,既强调教学的体系性,更强调教学的专题性。其中专题性追求的是问题讲解的深度,而体系性则体现在专题结构的安排上。因此,本书对于一些非常基础的内容讲解很少,阅读本书需要具备本科阶段商标法的一般知识。

尽管近几年一直主要从事商标法研究和教学,对商标法的相关问题也算有所认识,但不得不承认,商业实践的不断发展和正在改变着商标的观念和商标法的构造,互联网、创客等已经或正在改变着商标法的规则甚至根本的运行模式,我本人对商标法的认识也一直处于“演变”之中,认识仍然有着巨大的差距,本书的错误也在所难免,期待着广大读者的批评和建议。

王太平

2014年10月08日于广州

目 录

第 01 章 商标法概述	1
§ 1.1 商标的本质与功能.....	1
§ 1.2 商标法的立法宗旨	31
§ 1.3 商标法律保护的基本政策	38
第 02 章 商标权取得的绝对条件	53
§ 2.1 商标的法定要素	53
§ 2.2 商标显著性	63
§ 2.3 商标的合法性.....	105
§ 2.4 商标的非功能性.....	116
第 03 章 商标权取得的相对条件	128
§ 3.1 他人的在先驰名商标.....	130
§ 3.2 他人的在先注册商标权.....	132
§ 3.3 被代理人或者被代表人的商标.....	133
§ 3.4 他人的地理标志权.....	141
§ 3.5 他人的其他在先权利(益)	142
第 04 章 商标权的内容与范围	152
§ 4.1 商标权的性质与内容.....	152
§ 4.2 商标权的范围.....	161
第 05 章 商标权的取得体制与程序	178
§ 5.1 商标权的取得体制.....	178
§ 5.2 注册商标的申请与审查.....	183
§ 5.3 注册商标的无效宣告和撤销.....	189
§ 5.4 商标评审.....	205

第 06 章 商标权的行使	209
§ 6.1 注册商标的有效期限、续展、变更.....	209
§ 6.2 注册商标的转让.....	213
§ 6.3 注册商标的许可使用.....	215
§ 6.4 商标权的质押和其他行使方式.....	226
第 07 章 侵犯商标权的判定标准与具体判断	227
§ 7.1 侵犯商标权的判定标准.....	227
§ 7.2 侵犯商标权的判断.....	261
第 08 章 各种侵犯商标权的行为	298
§ 8.1 《商标法》规定的侵犯商标权的行为.....	299
§ 8.2 《商标法实施条例》规定的侵犯商标权的行为.....	313
§ 8.3 《商标纠纷解释》规定的侵犯商标权的行为.....	321
§ 8.4 其他侵犯商标权的行为.....	323
第 09 章 侵犯商标权的抗辩事由	361
§ 9.1 商标权用尽与平行进口.....	361
§ 9.2 商标的正当使用.....	375
§ 9.3 自己商标权(益)抗辩.....	393
§ 9.4 侵犯商标权的其他抗辩事由.....	403
第 10 章 侵犯商标权的民事救济	405
§ 10.1 停止侵害.....	405
§ 10.2 损害赔偿.....	417
§ 10.3 侵犯商标权的其他民事救济.....	422
第 11 章 驰名商标保护	424
§ 11.1 保护驰名商标的根本原因和理论依据.....	425
§ 11.2 驰名商标的法律保护模式.....	427
§ 11.3 我国驰名商标保护制度.....	435
第 12 章 商业标志权利冲突问题	451
§ 12.1 商业标志的种类及保护模式概述.....	451
§ 12.2 商标标志权利冲突的表现、原因及其解决.....	468

商标法概述

最高人民法院知识产权庭庭长孔祥俊先生认为,“在遇到包括商标侵权认定在内的商标法律问题时,我们需要回到诸如商标权的目的、功能和价值之类的起点和本源,探寻商标权的基本价值取向,以此作为最根本的衡量标准”。^① 诚哉斯言!包括商标的本质与功能、商标法的立法宗旨与商标保护的基本现象在内的商标法的最基本的问题不仅是商标法各种具体制度设计的根本指导,也是处理实际商标法律问题的最终指引。因此,本书从商标的本质、功能以及商标法的立法宗旨与保护政策出发展开内容。

§ 1.1 商标的本质与功能

商标是商标权的客体,是商标法及其理论的重要的基石性概念。商标概念“是支撑整个商标法律理论之树的躯干”。^② 由于完整的概念包括概念和语词两个方面,而概念则反映着事物的一般的、本质的特征。因此,揭示商标概念就是探讨商标的本质。商标的本质是商标概念的核心,它不仅决定了商标的地位以及人们对待商标的根本方法,也决定或影响着商标法的制度结构及相关实践问题的处理。商标的功能是指基于商标的内在结构属性而与社会发生的,能够通过自己的运行造成一定客观后果并有利于实现社会价值,从而体现自身在社会中的特殊地位的一种关系。商标的功能同样是商标法中的重要问题,在很大程度上说,商标法存在的目的就是确保商标功能的实现。而社会对商标的功能需求则在很大程度上决定了商标法的基本构造和具体制度设计。在系统科学中,结构与功能具有紧密的联系,组成系统结构的要素是决定一个系统功能的最基本条件,决定系统功能的条件除组成要素外,系统中各要素排列组合方式的变化也都会使系统整体的关系发生

^① 孔祥俊:《商标与不正当竞争法——原理和判例》,法律出版社2009年版,第326页。

^② 刘春田:《商标与商标权辨析》,载《知识产权》1998年第1期。

结构变化,从而影响系统的功能。^①因此,尽管不同的结构可以实现不同的功能,不同的功能也能够由不同的结构来实现。结构与功能之间不仅有一定的对应关系,而且结构是决定性的,而功能是结构的表现。因此,分析商标的本质既可以通过直接描述商标重要的本质特征来进行,也可以通过分析商标本质的结构表现即功能来实现。本书采用后一种分析方法。因此,先分析商标的功能。

§ 1.1.1 商标的功能及其功能发挥的过程与机理

在商标法上,关于商标的功能中外学者认识大同小异。刘春田先生主编的《知识产权法》认为商标的功能包括识别、品质保证、广告及竞争等功能^②,曾陈明汝先生认为商标的功能包括表示商品来源或出处、表彰营业信誉、追踪商品来源、品质保证以及广告等功能^③,江口俊夫先生认为商标的功能包括表示商品出处、保证商品质量和广告等功能^④,Julius R. Lunsford 认为商标的功能包括来源识别、保证和广告等功能^⑤,美国著名商标法学者麦卡锡认为,“总体上,商标发挥着四种值得法院保护的功能:(1) 识别销售者的商品并将它们和其他销售者销售的商品相区别;(2) 意味着所有使用该商标的商品来自一个单一的即使是匿名的来源,或者为一个单一的即使是匿名的来源控制;(3) 意味着使用该商标的所有商品具有同样水平的质量;以及(4) 作为一种广告宣传或者销售这种商品的主要工具”。尤其值得注意的是,麦卡锡先生还认为,“除了这四种功能,还必须记住的是商标也是企业已经建立的商誉的客观标志。没有商标发挥的识别功能,购买者就将无法回来购买他们已经使用和喜欢的产品。如果这种消费者的满足和喜爱是‘商誉’的标签,那么商标就是世界能够识别那种商誉的标志。”^⑥本书认为,上述著述所列举的商标的功能可以概括为来源识别功能、质量保证功能和广告功能。因为上述著述中的“表示商品来源或出处”“追踪商品来源”“识别功能”“来源功能”可以包含在来源识别功能之内,“来源功能”与“识别功能”不过是同一事物不同侧面的表述而已。不过,近年来,随着品牌理论和市场营销技术与观念的发展,商誉积累、表彰等功能逐步被提出。

① 邹珊刚、黄麟维、李继宗、苏子仪、马名驹、朴昌根:《系统科学》,上海人民出版社1987年版,第117—120页。

② 刘春田:《知识产权法》,北京大学出版社、高等教育出版社2003年版,第239—240页。

③ 曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第10页。

④ [日]江口俊夫:《日本商标法解说》,魏启学译,专利文献出版社1982年版,第39—40页。

⑤ Julius R. Lunsford, “Consumers and Trademarks: the Function of Trademarks in the Market Place”, 64 TMR 77(1974).

⑥ J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:2.

(一) 商标的功能

1. 来源识别功能

在商标法发展的早期,商标被认为仅仅向顾客表示与标志所使用的产品或者服务相联系的产品物理来源或出处。在这种早期的保护的“来源理论”下,在哲学上商标许可就被认为是不可能的,由于许可意味着标志被和严格意义上的“来源”这个词的真正的制造“来源”无关的人所使用。1901年的 *Macuahan* 案是商标的这种来源理论的里程碑。该案认为,没有销售者或者许可人的整个企业的转让,商标不能转让和许可。“没有这种整个企业转让的转让或者许可与商标价值依赖的理论是完全不一致的。——与其恰当有关联的商品相分离,(商标)缺乏单独给予其价值的基本特点,从而成为错误的和欺骗的标识。”在这种严格的商标功能来源理论下,现代意义上的特许经营是不可能的,因为特许经营常常销售不直接产生于商标所有人的产品和服务。与之相对应的是,商标法的规定仍然是商标不能与和商标紧密相连的让与人的营业相分离而转让。^①

不过,随着现代工业的发展,在法院看来,商标仅仅指示着一个单一的即使是匿名的来源。就像 *Jerome Frank* 法官简要地指出的那样,“不要紧的是顾客是否知道谁是来源”。因此,商标识别的“来源”不必让购买者知道姓名。在购买者不知道或者不在意经销它的公司的名称的意义上,它可以是匿名的。但是,购买者有权假定所有带有同样商标的产品在某种程度上和那个单一的、匿名的来源相联系或者为它所控制。而一旦法院承认商标不必指示最初的精确来源而只是一种“匿名的”来源时,“商标发挥着在未知或者匿名的生产者与其预期顾客之间进行交流的手段”。^②

2. 质量保证功能

自20世纪30年代起,商标功能的新概念出现了。这种新的概念建立于来源理论基础之上并对它进行了扩张。这种新的概念承认,商标不一定必须指示唯一的制造者或者商人来源,而是发挥着指示一致质量水平的功能。结果,商标的“质量”或“保证”功能诞生了。不过需要注意的是,质量功能并未替代来源功能:二者是并列的。事实上,人们能够精确地说质量理论只是旧的来源理论的一个方面。也就是说,来源理论已经被拓宽以包括不仅制造来源也包括使用该商标的商品的质量标准来源:“商标主要发挥着指示商品或服务的单一质量控制来源的功能。”根据来源和质量理由,制造或者控制的统一来源看起来是基本的。在来源政策下,商标指示单一的尽管是匿名的来源,而在质量政策下,被许可的商标指示着质量控制的统一来源。还需要注意的是,商标的质量功能并不意味着商标总是意味着“高”质量

^① J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:8.

^② *Ibid.*, § 3:9.

的商品或服务,而仅仅是所有在该商标下供应的商品或服务的质量水平(不管是什么)将保持一致和可预测性。因此,称为“保证”功能在某种程度上具有误导性,商标不是严格法律意义上的保证或担保,而只是承认商标意味着在那个标志下销售的商品和服务的一致质量。^①

3. 广告功能

在商标的广告功能看来,商标不过是一种广告,其目的是固定看到该广告的人的头脑中的物品的身份和制造者的名称,因此看到该广告的人此后会自己利用该知识并将其带给对这种物品具有同样心愿和需求的他人。此时,商标不仅仅是商誉的符号,而且常常是商誉创造和消费者接受的最有效的代理人。也就是说,商标事实上帮助销售商品。^②

4. 表彰功能

与传统功能相比,商标符号表彰功能的出现是随着现代消费社会中人们心理消费需求的不断提升而自然产生的结果。对于那些尊崇符号消费理念的人们而言,商标除了具有“认牌购物”的指示意义外,更是彼此间进行社会交流的媒介和桥梁。一方面,基于人们对商品所形成的双重效用认知,商标“所指”的内涵得到了拓展,其不仅承载着反映产品客观效用的质量、功能等信息内容,更涵括了反映产品主观效用的文化、精神等信息内容。另一方面,随着消费者的消费观念由物质消费向意义消费的转化,原本在商标结构中占据重要地位的“对象”要素——产品——对消费者的意义正在逐渐减弱,消费者更看重的是对商标所承载的符号意义的体验。^③

5. 商誉积累功能

除了这四种功能,还必须记住的是商标也是企业已经建立的商誉的客观标志。没有商标发挥的识别功能,购买者就将无法回来购买他们已经使用和喜欢的产品。如果这种消费者的满足和喜爱是“商誉”的标签,那么商标就是世界能够识别那种商誉的标志。^④因此,对于那些正在创立品牌的企业而言,商标是凝聚和积累商品商誉的重要载体和工具,没有了商标,企业的商品商誉将无处附着,从而也就难以建立。

(二) 商标功能的实质及其功能发挥的过程与机理

从以上商标法上关于商标功能的总结来看,归根结底,商标的这些功能都可以概括为信息的传递,不管是最初的来源识别、区别功能,还是后来发展出来的质量

^① J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:10.

^② *Ibid.*, § 3:12.

^③ 徐聪颖:《论商标符号表彰功能的内涵及其法律保护》,载《市场营销》2010年第9期。

^④ J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:2.

保证和广告功能,以及更新的表彰和商誉积累功能莫不如此。这大概就是经济学将商标作为消除信息不对称的工具的根本原因。

古典经济学认为,市场是万能的,信息是完全的,通过自利的自由竞争就可以实现社会资源的最优配置。然而现实中人们却发现,经济生活中常常存在着信息不完全的情况,信息不完全的主要表现形式之一就是信息不对称。所谓信息不对称指的是经济关系中一方知情,另一方不知情,知情的一方会有利用信息优势行骗讨便宜的动机的一种现象。由于信息的不对称,自利竞争的市场不仅未必能带来高效率,而且还常常让大家陷入丧失交易利益的“囚徒困境”。在商品交易中,厂商和消费者之间关于商品的信息显然是不对称的,通常厂商掌握的关于商品的信息比消费者多。由于信息的不对称,厂商和消费者之间的商品交易存在着信息障碍。经济学研究表明,在信息沟通不畅存在信息不对称的情况下会产生逆向选择行为,导致混同均衡的结果。导致混同均衡的制度在经济学中被认为是没有效率的。相反,在信息沟通顺畅不存在信息不对称的情况下,人们就不会进行逆向选择,而进行正常的正向选择,最后会形成一种分离均衡的结果。经济学认为能够达到分离均衡的制度是较好的制度,是有效率的。^①

这里试举一例说明有无信息沟通时市场交易的结果。为分析方便,我们只以商品的质量水平一个指标和市场占有率相同的 A1、A2、A3、A4、A5 五种质量水平不同的同种商品为例加以分析。其中,A1 级商品质量水平最高,A5 级商品质量水平最低。与质量水平相适应,生产这五种质量水平不同的商品的生产成本无疑也会不同,商品质量水平越高,生产成本也越高,反之则成本越低。

在没有有效的信息沟通的情况下,消费者并不知道哪种商品是质量水平最高的商品,也不知道哪种商品是质量水平最低的商品。消费者只能凭运气来购买质量水平从 A1 级到 A5 级的商品,根据随机概率,消费者既不会只购买到质量水平为 A1 级的质量最高的商品,也不会只购买到质量水平为 A5 级的质量最低的商品,消费者将要购买到的商品的质量水平大体会相当于这五种商品质量的平均水平,即 A3 级商品的质量水平。为了减少购买风险,追求自己效用的最大化,消费者最多只会按其最可能购买到的商品质量水平来出价,即出与 A3 级商品的质量水平相适应的价格,而绝不会出与 A1、A2 级商品的质量水平相适应的价格。也就是说,因为不知道其将要购买到的商品到底是质量水平最高的还是质量水平最低的,消费者将对质量水平最高的 A1 级商品和质量水平最低的 A5 级商品均按 A3 级商品来出价。既然如此,追求利润最大化的厂商为了降低生产成本就不会生产质量水平高于 A3 级商品的质量水平为 A1 级和 A2 级的商品,而只会生产质量水平为 A3、A4、A5 级的商品。因为 A1 和 A2 级的商品生产成本较高且无法卖到比 A3 级商品价格更高的价格。于是,A1 和 A2 级质量水平的商品就会退出市场,市场上就不会有 A1 和

^① 王则柯:《信息经济学的奠基人》,载《读书》2002 年第 1 期。

A2 级质量水平的商品,从而市场上商品的平均质量水平便会降低到 A4 级,相应地消费者的出价也会降低到 A4 级。于是,生产高于市场平均质量水平的 A3 级商品的厂商就不会继续生产 A3 商品,而只会生产 A4 或 A5 级质量水平的商品……。信息的不对称最终可能使得市场上的商品的质量水平越来越低。这种情况显然和我们平时的选择是不一样的,因为平时选择时人们一般是先选好的,把差的留下,而这种情况却相反,是把好的赶走,而把差的留下来,所以叫做逆向选择,它导致的结果被称作混同均衡。因为市场力量强迫愿意生产和购买不同质量水平商品的厂商和消费者强制性地实现了均衡。

而在信息沟通顺畅不存在信息不对称的情况下,生产各级质量水平商品的厂商各自的商品质量水平的信息能够传递给消费者,从而消费者就能够区分市场上不同质量水平的商品,即消费者知道 A1 级商品的质量水平是最高的,而 A5 级商品的质量水平是最低的。出价高就能买到高质量的商品,出价低则只能买到低质量的商品。从而消费者就会按自己的意愿为不同质量的商品支付与其质量水平相适应的价格,需要高质量商品的消费者取得高质量的商品同时也支付较高的价格,而需要较低质量商品的消费者取得质量较低的商品,同时也支付较低的价格。结果,各类消费者均取得了自己称心如意的商品,实现了其购买活动的效用最大化目标。同时由于高质量的商品能够以较高的价格来出售,那么就会有厂商愿意以较高的成本生产高质量的商品以满足消费者对高质量商品的需求。总体而言,生产各种质量的厂商也会达到其各自的利润最大化目标,而市场竞争的结果也必然会使生产各级质量水平商品的厂商均获得市场的平均利润率。于是,整个商品市场就达到了均衡。此时人们的选择和正常选择是一样的,不存在逆向选择问题,这种均衡在经济学上就叫做分离均衡。因为不同质量水平的商品卖出了不同的价格,并各自达到了均衡。

厂商与消费者之间的信息沟通状况不仅与所欲沟通的信息的种类有关,同时更与信息沟通的方式有关。

就所欲沟通的商品信息种类来说,有些是能观察到的,如商品的外观、色彩等,这些信息在交易之前就能够通过商品本身把信息传递给消费者。不过这些商品特征是很容易被他人模仿的,厂商在这些方面不容易取得竞争优势。商品的有些信息则是观察不到的,如商品的内在质量等,如果没有有效的沟通手段这些信息在交易之前是无法通过商品本身传递给消费者的。而在消费者估价和消费决策中,不可观察特征也许是商品总价值中的决定性的因素。因此关于商品的不可观察特征的信息的沟通才是最重要的。消费者了解商品的不可观察特征对于其购买决策是极其关键的。

厂商与消费者之间的信息沟通方式也是多种多样的。如可以直接通过商品本身传递关于商品的可观察特征的信息,也可以通过在产品包装上写明商品的质量

特征,如成分、味道等方式来分析性地传递商品的不可观察特征,同时也可以通过一些符号如商标、商业名称等来综合性地传递关于商品的不可观察特征的信息。

经济学研究成果表明,商标存在和商标保护的基本原因在于:(1)它们便利和促进了消费者决策,同时(2)它们创造了使厂商生产具有合意质量的产品积极性,尽管这些产品的质量在购买前是不可观察的。这两方面的效应均是如下这一事实的结果,即商标允许消费者在购买之前在所有可观察特征方面看起来一样的商品之间进行区分。其原因在于商标的经济功能是帮助消费者识别使用商标的产品的不可观察特征。同时商标的存在允许厂商根据商品的不可观察特征区分商品并且把这些不同有效地传递给消费者。同时,商标这种传递信息的方式不是以一种分析或分离的形式如尺码指示、成分表等方式提供给消费者的,而是以综合的形式即消费者通过一种有关商品的特征的特别组合的符号来识别的。分析形式的信息仅仅是对商标的补充而不是替代。^①概括地说,商标的经济功能就是“消除信息不对称”。

由以上的分析可以看出,商标的这种消除信息不对称的经济功能不仅对于消费者购买决策有着重要意义,同时更对维护市场秩序有着重要的作用。因为信息不对称的减少使得消费者的消费决策具有更充分的理由,同时也促使厂商正当经营,生产具有多样性的产品。

以上我们分析了商标的经济功能。从这里的分析可以看出,商标在经济生活中发挥着一种在卖者与买者之间的信息传递功能,它的主要目的是区分具有不同的不可见特征的商品或服务。因此可以说商标是卖者与买者之间的信息传递即通信系统的一个组成部分。既然商标是通信系统的一个重要组成部分,我们就应该分析一下这个通信系统并探讨商标在这个通信系统中处于一个什么样的位置。这里我们首先描述一下一般通信系统及厂商与消费者之间的通信系统的构成及其有效的条件。

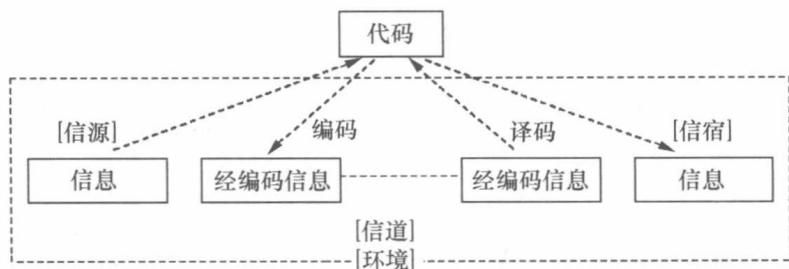
通信是信息学的重要的基础研究领域,信息学就是首先从通信发展起来的。最早对信息学进行研究的是申农,最初的研究主要就是通信,被人们称为狭义信息论,后来人们把信息的基本性质、度量方法以及信息的取得、传送、处理等一般理论也包含了进来,形成了信息科学。^②

根据信息学的研究,凡通信必定涉及两种实体,发送信息的实体叫信源,接受信息的实体叫信宿,通信过程是信源与信宿之间的一种特定的关联方式、一种系统现象或系统行为。实施通信活动的系统,叫做通信系统。在最初级的情形下,信源与信宿作为不同的物质实体通过直接的碰撞而交换信息,无需中间环节,此时的通

^① Economides, “The Economics of Trademarks”, 78 *TMR* 523, 526—531 (1988).

^② 苗东升:《系统科学精要》,中国人民大学出版社1998年版,第239页。

信系统仅需信源与信宿两个构成要素。而在大多数情形下,人类的通信均是利用信号或符号进行的较高级的通信活动,都不能由信源与信宿直接耦合而构成通信系统,必须有中间环节。一般而言,通信系统总是具有以下构成要素或结构:(1)信源与信宿。(2)信道。传送信息的通道,即载荷着信息的信号藉以通行的物理设施或介质场。信道是联结信源与信宿的主要中介环节,不同物理性质的信号,需要不同的物理性质的信道来传送。(3)编码与译码。信源与信道、信道与信宿都不能直接耦合,必须有中介环节。把信源与信道耦合起来的中介环节叫做编码器,把信道与信宿耦合起来的中介环节叫做译码器。首先信源发出消息、信号或符号不能直接在信道中传送,需要经过编码器的适当变换才能传送,而经过编码的消息、信号或符号并不能直接被信宿接收,还要经过译码器的译码才能接收,二者是两种互逆的操作。另外,任何通信均是在一定的环境下进行的。一般通信系统可以用下图加以表示:



通信的基本要求是多快好省地传送信息,通过对信源的剩余度、信道的容量以及编码的逐步改进与权衡,就能够最大限度地达到。其中信源的剩余度是刻画信源特征的指标之一,它是指在通信系统中,除了传送或恢复消息时所需要的信号之外,其余出现在信源、信道、信宿或系统其他部位的任何细节,它们对完成通信任务是多余的,把它们除掉对实现通信目标没有实质性影响。概率分布愈均匀,剩余度愈小,通信效率愈大;信道容量是信道最大可能的通信速度,表示信道传送信息能力的极限;编码解决的问题是信源与信道之间在数量特性上的互相匹配,从而使得信源熵与信道容量之间最佳配合。^① 同时,任何通信均有噪声,它是指通信系统中除开预定要传送的信号之外的一切其他信号,噪声有不同类型,就来源看有内噪声与外噪声,前者指由系统内部元件性能参数的无规变化等因素产生的有害信号,而后者指从系统外部混入系统的无用信号。一般而言,外噪声可以设法避开或削弱,而内噪声则原则上不可能消除。^② 这是通信系统的基本要素或结构、传递信息的要求及其有效的条件。

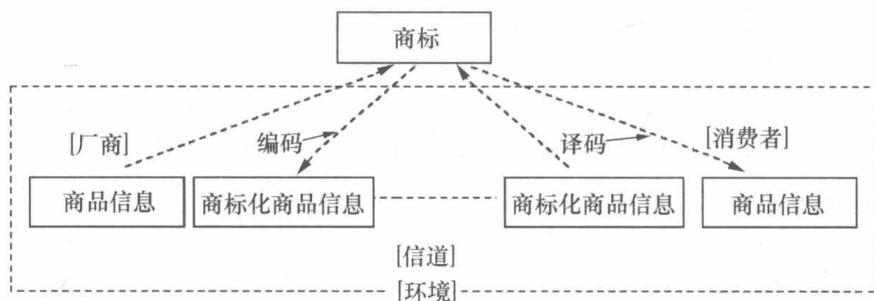
① 苗东升:《系统科学精要》,中国人民大学出版社1998年版,第249—255页。

② 同上书,第255—257页。

研究表明,厂商与消费者之间就存在着一个包括商标在内的通信系统。不过,厂商和消费者之间的通信是一个综合的复杂的过程,不仅包括商品可观察特征的信息的通信,也包括商品的不可观察特征的信息的通信,既包括厂商和消费者之间的初级通信,同时也包括较高级的通信,而其较高级的通信仍然由多种形式构成。本书认为,其中的初级通信就是厂商直接将其商品或服务交于消费者,在消费者使用该商品或享受该服务时就获得了厂商所欲传送的关于该商品或服务的信息。尽管这种厂商与消费者之间的通信通过了商品或服务,但是鉴于其所传递的信息是关于该商品或服务的信息,因此,仍然可以说这种通信是一种初级通信。同时关于商品的可观察特征的信息无疑是通过直接通信来完成,因为这些信息是直接被消费者观察到的。不过在进入工业社会以后,由于社会分工和专业化发展,厂商和消费者之间的距离越来越“远”,越来越不是一种直接关系。厂商的商品、服务一般也不是直接传递到消费者手中的。而且,对于商品来说,更为重要的是商品的不可观察信息。因此,厂商和消费者之间的商品的直接流转和初级通信不再是工业社会的常态,而仅仅是工业社会之前的自然经济社会商品交换的常态。

厂商与消费者之间的通信显然仅是一般通信的一种,其通信的原理也大体相同。从实际情况来看,厂商和消费者之间的通信显然既包括初级通信,也包括较高级的通信。鉴于现代工业及后工业社会的社会化大生产和专业化分工的生产关系特点,高级通信显然是厂商与消费者之间通信的常态和主要形式。因为在工业社会,厂商所生产的商品一般均需通过各级经销商或代理商层层分销或代理最终到达消费者。也就是说工业社会中厂商与消费者之间的距离是较“远”的,联系是间接的,只有通过较高级的通信,厂商的有关商品的信息才能够传递到消费者。

在厂商与消费者之间的高级通信系统中,信源就是厂商,信宿就是消费者。信道则包括商标从厂商传送到消费者的各种渠道,如新闻媒体、厂商的营业推广活动等等,所用的代码(即编码器和译码器)就是商标,编码就是厂商把商品信息附载在商标中即使用商标的过程,译码就是消费者通过商标来了解商品(信息)的过程。厂商与消费者之间的通信系统可以用下图来表示:



该图表明,和普通通信系统一样,首先信源即厂商发出的有关商品的信息无法直接在信道中传送,需要经过商标这种编码器的适当变换即变成商标化商品信息才能传送,而经过编码的有关商品的信息即商标化的商品信息也并不能直接被消费者即信宿接收,还要经过商标这种译码器的译码才能最终接收。当然,在包含商标在内的厂商和消费者之间的通信系统中,其编码过程和译码过程是非常简单的,因为这里的编码和译码只是通过商标即可,并不像其他通信如密码通信一样要具有非常复杂的密码规则。商标在这里所发挥的作用就是将商品信息有效地从厂商“搬运”到消费者。

厂商与消费者之间的通信的目的无疑也是有效通信。根据通信理论,为了保证通信效率,首先必须保证通信系统信源的剩余度要小。在厂商与消费者之间的通信系统中,厂商是信源,其剩余度就是商品信息的稳定性,厂商的商品质量等信息越稳定,信源信息的概率分布就越均匀,信源的剩余度就越小,通信效率就越高。反之,则通信效率就越差。商品信息的稳定性即信源剩余度的大小是市场上有信誉不同的商标存在的主要原因。因此为了创造一种信誉较高的商标,不仅需要较高的商品质量水平,同时商品的质量水平一定要保持稳定。这就是中式餐馆不像洋快餐那样容易形成驰名店的根本原因。因为总体而言,尽管中餐在色、香、味等方面比洋快餐占有上风,但是由于制作上的非标准化,其商品和服务的特征很不稳定,用通信理论的术语来说就是其信源的剩余度较大,因此它很难形成驰名品牌,而洋快餐生产的标准化保证了商品和服务的稳定的质量水平,其信源的剩余度较小,所以产生了许多名牌快餐。信源的剩余度要小即商品的质量等信息的稳定性强是厂商与消费者之间有效通信的首要条件。

其次,为了有效地通信,厂商还必须将其商品的信息有效地通过各种信道传送到消费者,这就要求厂商要把其商品的信息“装进”某一具有显著性的商标中,因为商品信息尤其是不可观察特征的信息,其本身是看不见、摸不着难以通过信道来传送的,这就使得厂商不仅要使用商标,而且所使用的商标还必须具有显著性,这样它与信道的匹配性才会比较好,才能有效地通信。

最后,为了有效地通信,厂商不仅需要将其商品的信息通过具有显著性的商标传送到消费者,而且还必须确保消费者熟知其所使用的商标所代表的商品的信息,用通信理论的术语来讲就是确保信源与信宿在信号信码上的一致,即厂商和消费者均认为该商标标志代表该商品的信息。因为“如果想正确地达到传达的目的,构成讯息的符号和意义,就必须遵从使收讯者也能理解的规定,而不是由发讯者单方随意制定。这种规定就叫做‘代码’。概括地说,‘代码’包括传达时所用的符号和意义,以及有关符号的结合方式的规定。发讯者参照‘代码’把传达内容‘符号化’,使之成为讯息。讯息通过一些‘线路’传送到收讯者处。收讯者再参照‘代码’

‘解译’接收到的讯息,重新构成传达内容”。^①

与一般通信系统一样,厂商与消费者之间的通信同样有噪声,其噪声也分为内噪声与外噪声。这里的内噪声一般包括:商品信息的稳定性,如商品的稳定的质量水平的信息;信道本身的缺陷,如厂商选择的广告媒介和营销手段的有效性,如报纸的发行量、专业性、营业推广的效果等;商标标志本身的不确定性,如商标标志的歧义性,即商标标志除了能代表某种商品外,还有其他含义;商标标志不具有显著性,即它达不到心理学上感觉的差别阈限,从而使人无法认知这种标志。这些内噪声只能设法减少但无法消除。因为无论商品的质量水平多稳定,也无法保证所有商品完全一致,即信源总有一定的剩余度,零剩余度是不可能的。信道的容量也不可能完全恰如其分,过小会影响通信的效率。编码和译码中也不可能没有剩余。如报纸的宣传不可能完全准确,商标不可能没有商品信息以外的其他含义。这里的外噪声则是指外来的干扰。如其他相同或相似商标在同类、类似以及不同的商品或服务上的使用就是一种外噪声。外噪声是可以避开或削弱的,可以通过商标权的保护即禁止他人在同种商品或类似甚至不相关商品上使用与注册商标相同或近似的商标来实现。

§ 1.1.2 商标的本质

鉴于其对商标法的重要意义,商标的本质成为商标法学研究的重点,甚至成为许多商标法研究成果的出发点和基础,不同的商标观念不仅在很大程度上决定了相关研究成果的研究结论,也决定了商标法的基本结构和制度设计。

商标本质的研究主要有四种进路,即经济学、符号学、心理学和营销学的研究。

经济学研究商标的开创者是兰德斯和波斯纳,他们在《商标法的经济学》一文中将经济学分析方法运用于商标法,不仅分析了商标的经济功能,也分析了诸如商标权获得、转让、期限、商标显著性、商标侵权等商标法具体问题。^② 根据兰德斯和波斯纳的“搜寻成本”理论,商标因减少了消费者的搜寻成本并因而促进了经济的整体效率而具有价值。过去二十多年间,商标法的搜寻成本理论已经吸引了学者和法院的实质遵从。^③ 美国最高法院甚至在判例^④中都引用了兰德斯和波斯纳的论

^① [日]池上嘉彦:《符号学入门》,张晓云译,国际文化出版公司1985年版,第26页。这里的发讯者就是前述通信系统中的信源,受讯者就是信宿,代码就是编码器,符号化过程就是编码,解译就是译码,讯息就是编码后的信息,传达内容就是所欲传递的信息,下同。

^② William M. Landes and Richard A. Posner, “The Economics of Trademark Law”, 78 *TMR* 267 (1988).

^③ Stacey L. Dogan and Mark A. Lemley, “A Search-Costs Theory of Limiting Doctrines in Trademark Law”, 97 *TMR* 1223 (2007).

^④ *Qualitex Co. v. Jacobson Prods. Co.*, 514 U.S. 159, 164 (1995).

文。因此,几乎可以说商标法的经济“分析的势力现在几乎是全部的”。^①

然而,商标法的经济分析并非完美无缺。有学者指出:

尽管是强大的,商标法的经济分析仍然并不完善。它不能解释、预测或正当化商标法中的特定结果,也不能清楚地解释必要改革的需要。这在涉及商标显著性和商标淡化概念中是最明显的。经济分析在两个方面是不足的。第一,商标原理是一种混血原理。它不仅仅是一种阐述市场原则的经济原理。它同时也是阐释符号或语言系统原则的符号学原理。如果有一种“商品的语言”,那么商标原理就是它的语法,而这种语法不能简单地从经济学上来理解,而且也要从语言术语来理解。第二个理由部分从属于第一个理由。在断言商标不过便利搜寻和鼓励质量时,芝加哥学派一直倾向于承认显而易见的东西:企业制造作为身份商品的商标,消费者消费商标以显示身份,而法院企图保持这种身份显示功能而例行公事地授予商标以法律保护。文化产业——而什么产业不是呢?——一直在凭其头衔将商标像日用品一样销售。除非作为用来便利社会分层形成的规则体系,商标原理的所有方面都是无法理解的。^②

于是,学者提出了商标法的符号学分析,以解释和改进商标法的经济分析,而其中用符号学分析方法分析商标本质便成为商标法符号学分析的出发点。商标法及商标之所以能够用符号学来进行分析是因为商标是一种符号,而符号学是专门研究符号现象的,符号学方法是分析商标及其有关现象的有力工具。事实上,符号学对于理解商标概念、功能、认识商标的生成演变过程以及商标性质的演变、准确把握商标权及商标侵权的实质均具有重要意义。国内外运用符号学方法分析商标法问题的学者主要有美国的巴顿·毕比教授、我国的彭学龙教授和笔者。^③其中,毕比教授、彭学龙教授和笔者发表了同名论文《商标法的符号学分析》对商标法的基本范畴和问题进行了比较全面的分析,毕比教授的论文运用符号学原理分别分析了商标的结构、商标显著性的形式、来源显著性和区分显著性的历史以及商标淡化的两种模式^④,彭学龙教授的论文运用符号学原理分别分析了商标的结构、商标显著性、商标侵权的混淆与淡化等问题^⑤,笔者的论文则运用符号学原理分别分析

① Barton Beebe, “The Semiotic Analysis of Trademark Law”, 51 *UCLA L. Rev.* 621(2004).

② Ibid.

③ 有意思的是中外学者将符号学方法运用于商标法分析的时间点是非常接近的。美国学者巴顿·毕比的《商标法的符号学分析》一文发表于2004年1月,而本书作者的博士论文《知识产权法的法律原则:理论基础与具体构造》(中国人民大学2003年博士论文,出版于2004年8月)则在分析商标本质时运用了符号学分析方法,与本书作者同时毕业的李琛博士则在其博士论文《论知识产权法的体系化》中将知识产权客体概括为“符号组合”。稍有遗憾的是,李琛博士的“符号组合”在解释符号学最为擅长的领域——商标时却因其“组合”而稍感困惑。

④ Barton Beebe, “The Semiotic Analysis of Trademark Law”, 51 *UCLA L. Rev.* 621(2004).

⑤ 彭学龙:《商标法的符号学分析》,法律出版社2007年版。

了商标概念、商标生成演变过程、商标功能及商标性质新演变、商标权及商标侵权。^①除此之外,彭学龙教授的《商标法基本范畴的符号学分析》一文还对商标法的基本范畴进行了分析,^②笔者的论文《商标概念的符号学分析》还专门分析了商标概念及其对商标权与商标侵权的意义。^③

商标这种符号总是通过人而发挥作用的,正如美国法官法兰克福特(Frankfurter)在米沙瓦卡橡胶毛织品制造公司诉S.S.克莱斯格公司案中指出的那样:“商标保护是符号心理功能的法律承认。如果我们靠符号为生是真实的,那么我们通过符号来购买商品也就是真实的。”^④因此,彭学龙教授认为,商标是建立在消费者心理认知基础上的财产,商标显著性、混淆和淡化等基本范畴都是对消费者特定认知状态的抽象概括,均表现为某种心理联想。其中,显著性是指商标能使消费者产生有关商品出处的联想,混淆意味着侵权商标让消费者产生有关商品出处的错误联想,弱化和丑化则分别对应着削弱驰名商标显著性和损害其声誉的联想。^⑤美国学者Jacob Jacoby则指出:《兰哈姆法》第43条第a款和第c款的主要焦点在于相关公众的心态,尤其是混淆、欺诈和淡化。商标法的其他关键概念(获得显著性、第二含义、名声和通用化)也涉及大脑的心理状态。如果不参考消费者的心理状态,《兰哈姆法》的这些规定就可以被认为是内容空洞或者毫无意义的。在人们进行商标实践、诉讼或者判决中有一个点,即商标法不得不依赖于消费者的头脑是如何运转的常识或思考。^⑥Rebecca Tushnet则认为:认知科学对商标法尤其有吸引力,因为商标保护建立在心理假设的前提之上:商标的影响将触发消费者头脑中的思想和情感。^⑦

随着符号经济和品牌管理的发展,商标的观念发生了极大的变化,而商标法也在不断扩张着其保护范围。对此,学者指出:现代商标法的真正转向不是一种从消费者中心向生产者中心的转向,也不是一种从消费者保护转向财产权的保护的转向。相反,现代商标法对什么是商标以及商标是如何增加价值的理解上根本不同于其传统理论。^⑧这种不同就是商标品牌理论的提出。在商标的品牌理论看来,

① 王太平:《商标法的符号学分析》,载《知识产权研究与实务——2006年全国知识产权征文获奖论文集》,知识产权出版社2006年版。

② 彭学龙:《商标法基本范畴的符号学分析》,载《法学研究》2007年第1期。

③ 王太平:《商标概念的符号学分析》,载《湘潭大学学报》(社会科学版)2007年第3期。

④ *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kresge Co.* 316 US 203, 53 USPQ 323, 324—25 (1942)

⑤ 彭学龙:《商标法基本范畴的心理学分析》,载《法学研究》2008年第4期。

⑥ Jacob Jacoby, “The Psychological Foundations of Trademark Law: Secondary Meaning, Acquired Distinctiveness, Genericism, Fame, Confusion and Dilution”, 91 *TMR* 1013 (2001).

⑦ Rebecca Tushnet, “Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science”, 86 *Tex. L. Rev.* 508 (2008).

⑧ Mark P. McKenna, “The Normative Foundations of Trademark Law”, 82 *Notre Dame L. Rev.* 1916 (2007).

商标和品牌是不同的。商标只是品牌所包含的一部分,其目的是减少风险和不确定性,其手段是提供实用的来源和质量信息。而品牌则具有更复杂的特性,它涉及形象的建立,还包括地位/权力、内在价值以及最终的品牌个性的发展。在这种理论看来,公司利用品牌向消费者提供产品信息,但是当公司力图追求其营业目标的最大化时,公司也利用品牌增强其整体形象。当然,消费者也会利用品牌寻找产品。但是,当选择一种品牌时消费者可能同时利用品牌来表达个性和身份,并改变这种品牌以适应他们所看作的该品牌的意义以及那种意义如何与他们的自我形象或主题思想相联系。团体也可能将品牌结合为关于他们希望和谁谈话并分享积极和消极信息的象征。因此,尽管现代商标法和现代品牌同时产生,然而现代商标理论主要集中于品牌功能的商业信息方面而忽视或者排斥品牌的其他方面。这种方法抓住了品牌发挥的一种尽管重要的作用,但却未能解释品牌的多方面性质。而商标的品牌理论为公司、消费者和社会提供了一种对品牌的多重功能的更丰富的理解。^① 根据商标法的品牌理论,现代商标法将商标看作是一种价值和意义的存储器,这种商标可以被用于广泛范围的产品和服务。换言之,21世纪的商标法实际上和意在增加品牌价值的产业政策没有什么差别,即现代商标法是意在保护品牌价值的产业政策,这是一种从其传统中心的根本偏离。^②

(一) 商标的经济学和符号学本质

通信理论表明,商标之所以能够在厂商与消费者之间的通信系统中起到商品信息的“代码”或编码器和译码器的作用,其根本原因在于它的内在结构与本质,即商标是一种“某事物代表某事物”的关系,这使得商标能够以商标标志这种物理媒介的传送而传送了它实际代表的事物即有关商品的信息。^③ 根据我国《商标法》的规定,商标的物理媒介即商标标志,是“包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等,以及上述要素的组合”的标志而商标标志所实际代表的事物,则是有关商品的信息。根据符号学^④的符号定义,商标本质上就是符号。因为在符号学中,尽管关于符号有多种定义,并没有一种被所有人接受的符号概念,不过无论是那种符号定义,不论是按照“符号”的形式理解,还是按照“符号功能”的形式理解,

^① Deven R. Desai, “From Trademarks to Brands,” 64 *Fla. L. Rev.* 981(2012).

^② Mark P. McKenna, “The Normative Foundations of Trademark Law”, 82 *Notre Dame L. Rev.* 1916 (2007).

^③ 需指出的是,商标中的商标标志所代表的商品信息并不是使用该商标的某一具体商品的信息,而是厂商所提供的全部商品的信息,它既不单指某一件质量特别好的商品的信息,也不单指某一件质量特别差的商品的信息,而是消费者对该厂商提供的商品的信息的一个平均的认识。

^④ 符号学,顾名思义,是有关符号的科学。而随着人类认识的发展,符号的概念已不再限于人类言语活动的一些标志,它已经扩展到人文科学所有对象的社会—历史实践。神话、宗教、文学、艺术,等等,都被视为符号系统。可以说,符号学的发展又为这些人文学科的深入研究开辟了一种新的途径(参见:[法]皮埃尔·吉罗:《符号学概论》,怀宇译,四川人民出版社1988年版,译序)。符号学对于知识产权研究尤其是在考察知识产权客体时是非常有用的。

在这里我们所看到的都是包含在“某事物代表某事物”的规定中的两个“某事物”之间的相互依存的关系。其中一个某事物可以被称作“符号形式”(或能指),另一个某事物可以被称作“符号内容”(或所指),而“符号”及“符号功能”的成立基础就是“符号形式”和“符号内容”两项之间的相互依存关系。^①“按照索绪尔的解释,能指是‘声音形象’,所指是声音形象所表达的概念。”^②符号就是这两项即“符号形式”(或能指)与“符号内容”(或所指)的混合物。“符号是一种表示成分(能指)和一种被表示成分(所指)的混合物。表示成分(能指)方面组成了表达方面,而被表示成分(所指)方面则组成了内容方面。”^③商标之所以能在厂商与消费者之间的通信系统中发挥“代码”或编码器和译码器的作用,正是由于商标的这种“某事物”代表“某事物”的结构与本质,即商标是由商标标志和商标标志所代表的商品信息构成的,是一种商标标志代表商品信息的结构或关系,是商标标志和商标标志所代表的商品信息的混合物和统一体。

商标本质的这种认识表明商标是由商标标志和商标标志所代表的有关商品的信息组成的,是这两个方面的混合物或统一体,缺乏这两个方面中的任何一个方面都不构成商标。因此美国著名商标法专家麦卡锡指出:商誉和它的商标记号之间之不可分离就像暹罗双胎一样至死不可分离。^④我国《商标法》第56条规定的“注册商标的专用权,以核准注册的商标和核定使用的商品为限”就是从两个方面界定商标专用权的界限,即不仅要考虑商标标志,还要考虑商标标志所使用的商品。而在商标的这两个因素发生变化时,则分别需要办理相关的另行申请与重新申请手续。^⑤

不过,尽管商标是由商标标志和商标标志所代表的商品信息两部分组成的,是商标标志和商标标志所代表的商品信息的混合物,然而商标标志和商标标志所代表的商品信息在商标中的意义和地位是不同的。在符号学的符号的能指和所指中,所指是符号的灵魂,没有所指就没有符号。因为符号是表现、传达思想、感情和信息的手段。而这必然意味着重要的是被表现、传达的思想、感情和信息,而符号作为表现、传达的“手段”虽然对我们有用,但若撇开这一表现、传达作用,就其自身来看,并没有特别的价值。^⑥同样,在商标这种符号的商标标志和商标标志所代表的商品信息中,商标标志所代表的商品信息是商标的灵魂,没有商标标志所代表的商品信息就没有商标,商标在本质上是商标中所蕴涵的商品信息,本质上是一定的

① [日]池上嘉彦:《符号学入门》,张晓文译,国际文化出版公司1985年版,第45—46页。

② [法]皮埃尔·吉罗:《符号学概论》,怀宇译,四川人民出版社1988年版,译序。

③ [法]罗兰·巴特:《符号学美学》,董学文、王葵译,辽宁人民出版社1987年版,第35页。

④ J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, 18:2.

⑤ 即《商标法》第23条和第24条规定的另行申请与重新申请。

⑥ [日]池上嘉彦:《符号学入门》,张晓云译,国际文化出版公司1985年版,第7—8页。

信息。因此,美国的美国铸钢厂诉罗伯逊案中的法官指出:“离开其所使用的商业,在商业标志中是没有财产权的。”^①而就商标标志本身来说,如果与其意义和指示物相隔离,那么商标标志就不配称享有“商标权”的“商标”。^②

当然,符号学研究同样也表明,尽管在符号能指和所指中所指是符号的灵魂,然而却也不能忽视能指在符号中的地位。因为在符号能指与所指即符号形式与符号内容之间“的相互依存关系在心理上并不一定总是对称的。在日常使用的语言中,‘符号’一词的运用常常在事实上是指‘符号形式’。这里,‘符号形式’当然代表着‘符号’整体。反之,用‘符号内容’代表‘符号’整体就困难了”。“这是由于在符号的两个侧面中,‘符号形式’对我们来说,是可以以某种形式感觉到的对象,而‘符号内容’则未必。由于符号形式属于符号‘显眼的’侧面,所以它很容易与‘符号’本身的存在联结起来,暗示‘不显眼的’符号内容的存在。”或者说,“从‘符号形式’是我们能够感知的对象这个意义上说,确实比符号的另一个侧面‘符号内容’更能被感觉得到。”^③而在商标中,尽管商标标志所代表的商品信息是商标的灵魂,然而却也不能忽视商标标志在商标中的地位,商标标志同样是商标的必要构成要素,离开了商标标志同样是没有商标的。

商标标志在商标中的重要性表明,尽管商标在本质上是商标标志所代表的商品信息,是一种信息,然而它却不仅仅是商标标志所代表的商品信息,这种商品信息已经具备了一定的形式,从而成为一种知识。^④因为知识是认识的结果,知识的内容是对客观事物的属性、特征、规律方面的反映,而客观事物的属性、特征、规律方面显然即是客观事物的信息方面,“观念认识这种精神生产的产品,就其内容来说,是来自外部客观世界的信息”。“认识作为主体观念地或理论地掌握客体的方式,本质上是一种对客体的信息的掌握。这种信息的掌握过程,也就是在主体的头脑中接收、获取(通过感觉器官)、加工处理和储存来自客体的信息的过程。通常我们讲认识是反映,其基本含义指的就是这样一种关于信息的掌握过程。”^⑤同时,主体对客观世界的信息的观念性的掌握不是直接的,而是有中介的,这种中介有概念性思维中介和语言符号中介。也就是说,关于客观世界的本质、属性、规律等的信息首先是被单个人的思维活动认识的,然后还要通过概念性思维中介和语言符号中介才能成为社会通用的社会性认识,单个人也不可能不利用概念性思维中介和

① Am. Steel Foundries v. Robertson, 269 U. S. 372, 380 (1926).

② Barton Beebe, “The Semiotic Analysis of Trademark Law”, 51 *UCLA L. Rev.* 650(2004).

③ [日]池上嘉彦:《符号学入门》,张晓云译,国际文化出版公司1985年版,第46—48页。

④ 常识和知识是有区别的,即“常识和科学知识之间的其他的一些差异基本上是科学知识的系统性的直接结果”(〔美〕欧内斯特·内格尔:《科学的结构——科学说明的逻辑问题》,徐向东译,上海译文出版社2002版,第5页)。然而,如果不严格地说或者不再将知识看得那么“神圣”的话,常识应包含在知识之内,本书大体上就是不严格地看待二者关系。

⑤ 夏甄陶:《认识的主——客体相关原理》,湖北教育出版社1996年版,第189、191—192页。

语言符号中介就能取得对客观世界的认识。^① 这就是说,尽管知识在本质上是一种信息,然而这种信息不是一种“裸露”的信息,而是具有一定的公共性形式即概念性思维中介和语言符号中介的信息,正是这种公共性形式才使得信息能够脱离客观事物和感受它的单个人的个人体验而成为知识。因为“公共性为知识之存在的必然条件”。“当‘知识’不能被语言符号化、即不具有可传达性时,从而也就不可能具有累积性、可重复性,当然也就不可能被社会化、技术化,只能作为个体的一种心理体验而存在。”^②此时这种“知识”还不能成为真正的知识。

(二) 商标的心理学本质

然而,对商标本质的认识仅仅到此为止还是很不够的,因为包含商标的这种卖者与买者之间的通信不像打电话、发电报等通信一样是一种机械的通信过程,即不是一种从一个机械到另一个机械之间的机械通信,这种通信的全过程均有具有能动性、社会性、智能性和心理能力的人的参与,由于人的参与,这种通信过程比上文描述的通信过程要复杂得多,尚需要进一步描述由于人这种通信过程的特殊参与者的参与而带来的特殊问题,即人的心理过程的特性对这种通信过程的影响。事实上,商标功能发挥的全过程均需要通过其重要参与者即人的活动而最终实现,而人的“活动与认识和意志是不可分地联系着,并且依赖于认识和意志,没有认识过程和意志过程,就不会有活动”。^③ 显然,认识过程与意志过程均是心理学的重要研究对象。^④ 其中,记忆在对于商标本质的理解中具有突出的重要地位。因为“记忆在人的整个心理活动中处于突出的地位。不仅是知觉,任何其他一个心理活动和心理现象,从认知到情绪情感以至个性都离不开记忆的参与。记忆将人的心理活动的过去、现在和未来联成一个整体,使心理发展、知识积累和个性形成得以实现”。^⑤

根据认知心理学的研究^⑥,记忆的基本涵义是:学习过后,信息保持一段时间,并在一些特定的情境中提取出它们并加以运用。记忆是一个对刺激信息加工处理的过程,是对输入信息的编码、存储,并在一定条件下进行检索和提取的过程。编码、存储和提取是记忆的三个连续的信息加工活动,任何信息只有经过这些过程的加工与处理,才能输入到长时记忆系统使其转换成一个人脑中的知识与经验,并利

① 夏甄陶:《认识的主——客体相关原理》,湖北教育出版社1996年版,第163—234页。

② 王维国:《知识的公共性维度》,中国社会科学出版社2003年版,第164页。

③ [苏]彼得罗夫斯基主编:《普通心理学》,朱智贤等译,人民教育出版社1981年版,第170页。

④ 事实上,商标法理论不仅仅涉及人的认识与意志这两种心理过程,还涉及感觉、知觉、学习、记忆等心理活动。可以说,商标法的主要理论和制度均是以心理学为基础的,离开心理学,商标法理论的许多问题将无从解释和理解。因此用心理学的方法来分析商标法理论不仅对于理解商标法和设计商标法律制度是非常重要的,对于商标法的正确实施也具有重要的指导意义。

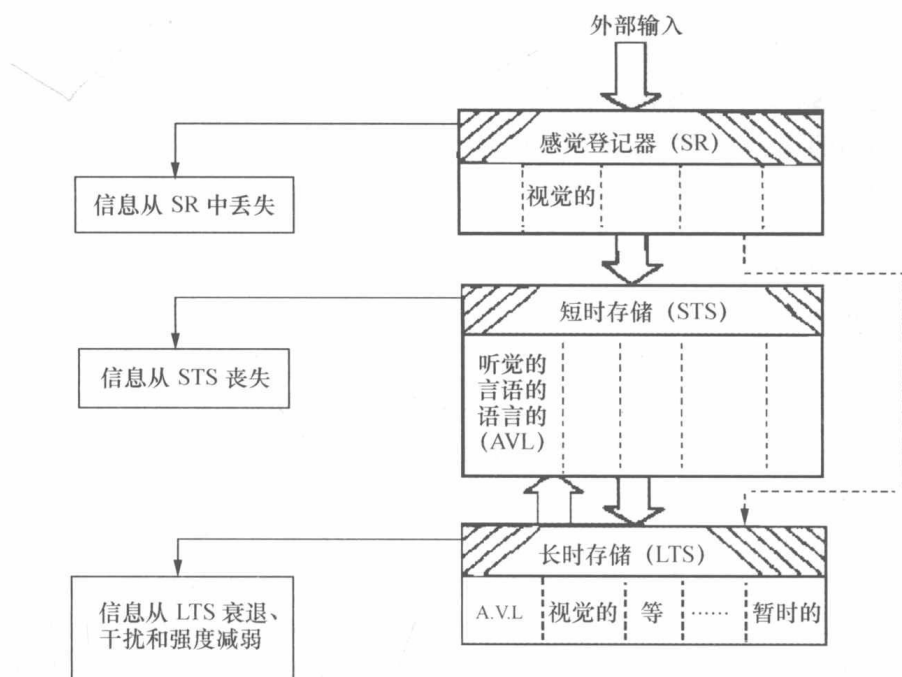
⑤ 王甦、汪圣安:《认知心理学》,北京大学出版社1992年版,第103页。

⑥ 本文以下关于记忆的知识(本页至19页)均参见梁宁建:《当代认知心理学》,上海教育出版社2003年版,第108—156页。

用它们来解决实际问题。其中,信息编码是人的记忆对外界刺激信息进行某种方式转换与编码的过程,是一个人对刺激信息的知觉或准确地摄取。信息存储是把信息编码阶段已加工处理了的信息,如感知过的事物、体验过的情感、练习过的情感、练习过的动作、思考过的问题等,以一定的形式保持在记忆系统中的过程。信息提取是指在一定的情境下,从记忆系统中查找出已存储的信息,重现出来,并运用在特定地方与情境之中的过程。

认知心理学家还把记忆的编码、存储和提取这三个阶段组合成为三个记忆系统:瞬时记忆系统(又称为感觉登记系统)、短时记忆系统和长时记忆系统。瞬时记忆又称为感觉登记或感觉记忆,是外界刺激信息通过感觉器官时,按输入刺激信息的原样,以感觉痕迹的形式在人脑中被暂留的过程。各种感觉器官的通道都存在着对相应适宜刺激信息的瞬时记忆,但是并非感觉器官接收到的所有刺激信息都会登记在瞬时记忆中,它是具有选择性的。这既依赖于客观事物本身的特定,也依赖于人的主观心理因素,如对刺激信息的兴趣、需要等。短时记忆是人脑中的信息在1分钟左右的加工处理与编码,是当前人的意识所关注的刺激信息,但是它只能存储容量有限的刺激信息,而且这些信息处于不太稳定和比较脆弱的状态。短时记忆被视为是信息通往长时记忆的中间环节或过渡阶段,是记忆对信息加工的核心之一。长时记忆是指信息在人脑中存储一分钟以上,几天、数月、几年,乃至终身的记忆。长时记忆中所存储的刺激信息是个体过去所经历的经验 and 所获得的知识,它为个体的心理活动与行为提供必要的信息基础。如果说短时记忆能够使我们来应对当前的事物或事件的话,那么,长时记忆就是用过去已存储的知识与经验,来再现当前事物或事件。在某种意义上说,长时记忆使一个人同时生活在过去和现在的世界之中。瞬时记忆系统、短时记忆系统和长时记忆系统之间的关系及其发挥作用过程可以用下图加以解释:

环境中的刺激信息首先输入到感觉登记器,它按感觉通道分为视觉的、听觉的、肤觉的等等,即图像记忆和声像记忆等,因此它具有感觉通道特异性。刺激信息在感觉记忆登记器中保持的时间短暂,一般来说,视觉信息约为250—300毫秒,听觉信息约为2500—3000毫秒。存储的信息会随着时间的流逝而发生某些变化,即由于不被注意而出现衰退和丧失。当被感觉登记了的刺激信息在它们消失之前被注意了,那么,刺激信息中的一部分就会输入进短时记忆。进入短时记忆存储的信息具有不同于原来感觉信息的形式,即要对来自于感觉登记的信息进行认知编码,它是以听觉的、言语的和语言的形式对信息进行加工组织的。但是,如果信息在短时记忆存储过程没有被进一步编码与复述的话,这些信息大概只可以保持约30秒后而被迅速遗忘,如果对所输入的信息进行精致化地加工与复述和转移性认知操作的话,这些信息就会输入到长时记忆中存储起来,否则信息就会衰退和丧失。长时记忆是一个真正的信息存储库,相对来说,信息在长时记忆中的存储是永久性的,但也会出现由于消退、干扰或强度减少而不能被提取出来或提取错误的情



况。综上所述,记忆信息的三级加工模型中的三个信息编码加工处理与信息存储系统具有不同的功能,它们各自对信息进行着特定的加工与处理。

在记忆系统中,长时记忆对于商标本质理解具有更为重要的意义。这是由长时记忆的性质、特点和功能所决定的。从性质和特点来看,长时记忆是相对于短时记忆而言的,它是信息在人脑中存储一分钟以上,几天、数月、几年,乃至终身的记忆。长时记忆中所存储的刺激信息,绝大部分来自短时记忆信息内容的精致性复述加工,也有一小部分由于印象深刻而一次性存储的。因此,长时记忆是一个庞大而复杂的信息库,存储着个体所具有的关于世界的一切知识,而且长时记忆中的信息在脑中所存储的时间是永久的,没有容量的限制。从其功能来看,由于长时记忆中所存储的信息是个体过去所经历的经验 and 所获得的知识。因此,它为个体的心理活动提供必要的信息基础。如果说短时记忆能够使我们来应对当前的事物或事件的话,那么,长时记忆就是用过去已存储的知识与经验,来再现当前事物或事件。在某种意义上说,长时记忆使一个人同时生活在过去和现在的世界之中。由于存储在长时记忆中的刺激信息是一个有组织、有体系的知识与经验系统,这就使得对人的学习和行为决策具有重要意义。长时记忆能够使人有效地对新信息进行编码,以便能更好地识记与存储,也能使人迅速有效地从记忆中提取有用的刺激信息,以解决当前所面临的问题。

如前文所述,从经济学来看,商标是一种消除信息不对称的工具,在卖者与买者之间发挥着消除有关商品的信息的不对称的作用或功能。在符号学看来,商标

之所以能够消除卖者与卖者之间的信息不对称是由于它的特殊结构,即能指与所指的统一体,或者用商标法的术语来说商标是商标标志与其所代表的有关商品信息的统一体。这种结构使得商标能够以其可感觉知觉的商标标志传递不可感觉知觉的有关商品的信息。但是,商标中的商业标志与其所代表的有关商品的信息二者之间并不是天然就结合在一起的。正如刘春田教授所指出的那样:“一组文字、一幅图案或一个符号与一种商品或一种服务,原本是两种不相干的事物。”“任何一个文字形式、图案或符号,不管它们天然地多么适合于做某些商品或服务的标记,亦非天然就是其他事物的标记。没有文字、图案或符号与特定商品或服务这二者在市场上作为‘标’与‘本’相联系的法律事实,就不会产生‘商标’这种法律关系。说到底,商标反映的是一种利益关系,这种利益是通过在市场上把标记与商品或服务不断联系在一起而产生的。”^①那么,商标中的商标标志与其所代表的商品的有关信息何时才“联系”起来了呢?认知心理学为我们进一步解释商标本质提供了理论工具,本书认为,消费者的记忆是唯一的评判标准,即只有商标标志与其所代表的有关商品的信息之间的联系出现在一定数量^②的消费者的长时记忆中。因为只有这样,这种商标才能够对这些消费者的购买行为产生影响,商标才成为了商标。而商标本质上就是消费者对商标标志与其所代表的有关商品的信息之间的联系的记忆。这大概就是人们说商标本质上是一种心理财产的根本原因。

(三) 商标的消费社会理论和品牌理论本质

消费社会是指生产相对过剩,需要鼓励消费以便维持、拉动、刺激生产,在生产社会,人们更多关注的是产品的物性特征、使用与实用价值。在消费社会,人们则更多的关注商品的符号价值、文化精神特性与形象价值。^③在消费社会中,商品在消费之前呈符号状态,人们消费的不再是商品的使用价值,而是商品的符号价值,即商品被赋予的意义。^④符号消费是鲍德里亚消费理论的主导逻辑,符号消费的实质在于社会身份的建构,符号消费的目的不是寻求同质化,而是寻求差异化,对差异的追求使消费的欲望永无止境。在消费社会里,电视、报纸、广播、网络等等大众媒体为符号消费和符号价值的认同提供了技术支撑,大众传媒不仅成为了符号消费

① 刘春田:《商标与商标权辨析》,载《知识产权》1998年第1期。

② 这里的一定数量究竟是多少尚需要具体研究,本书初步认为,商业是唯一的评价标志。因此,这里的数量一定要达到具有商业意义的规模,即足以达到对企业的这种商品的经营产生影响,使用标志与不使用标志产生了较为明显的经营效果差异。显然,这个数量在不同的行业具有不同的意义,具有不同的要求。

③ 陈华明:《消费社会中的艺术生产与大众文学》,载《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2004年第10期。

④ 姜帆:《品牌文化:消费社会背景下品牌竞争的核心——符号学视角的分析》,载《新闻界》2008年第4期。

的共谋,而且成为了符号的直接生产者。^①

在消费社会理论下,品牌成为消费社会的核心。尽管学者对品牌的定义各有不同,但对品牌却具有以下共识:“其一,品牌是企业利用一种名称、名词、标记、符号和设计或它们的组合,以将自己的产品和服务同竞争对手的产品和服务区别开来;其二,品牌是以消费者为中心的概念,品牌的价值体现在消费者对品牌的情感认知中,体现在品牌能为消费者带来新的价值和利益上;其三,品牌具有独特的个性,附加和象征着特定的文化,便于消费者识别,能给消费者带来特定的属性,并通过属性和文化传递给消费者某种利益和价值,从而使消费者的个性在品牌个性中得到认同。”品牌主要由外在层、中观层和核心层三个层次构成。其中外在层是品牌的符号系统,它包括品牌名称和品牌标志两个部分。中观层是品牌的载体,包括产品/服务和产品/服务的提供者两个方面。核心层是品牌的内涵,包括品牌定位、品牌个性和品牌文化三个方面。^②

从品牌的上述含义明显可以看出,品牌不同于商标,可以说,商标仅仅是品牌的一个组成部分,尽管是一个重要的组成部分。事实上,本书认为,品牌和商标的不同远远不限于此,而是基于一种完全不同的观念。具体来说包括以下几点:

第一,消极被动的商标观与积极能动的商标观。在传统商标观念看来,商标是消极的、被动的,经营者仅仅是选择了一个标志作为商标,努力地通过使用商标而将商品的有关信息浓缩在商标标志中,从而通过使用而使消费者认同商标,使商标能够发挥消除有关商品信息不对称的功能。至于商标能够浓缩并传递的信息则是经营者所无法控制的,至少商标法并未充分涉及这一点。而在消费社会理论和品牌理论看来,商标是积极的、能动的,尤其是经营者是积极的、能动的,经营者不仅选择一个标志,甚至所欲传递的有关商品的信息的内容都是经营者精心设计和规划的,有关商品的信息是如何浓缩到商标标志中并向消费者传递也是经营者所能够控制且加以控制的。

第二,静态的商标观与动态的商标观。在传统商标观念看来,商标只是传递有关商品信息的工具,传统商标法并未考虑或并未充分考虑商标的发展变化,商标保护主要是避免消费者对商品来源的混淆。而在消费社会理论和品牌理论看来,商标法赋予商标权人对商标的发展演变控制,商标权人可以控制其商标的发展演变,而不仅仅是静态地传递有关商品的信息。

第三,部分环节的商标观与全环节的商标观。传统商标法仅仅赋予商标权人对商标部分环节的控制,尤其是我国2001年之前的《商标法》并未规定反向假冒,商标权人控制的不过是其商标标志的使用,只要不涉及商标标志的使用就不构成

^① 黄波:《鲍德里亚符号消费理论述评》,载《青海师范大学学报》(哲学社会科学版)2007年第3期。

^② 刘建亭:《基于消费者的品牌形象构建研究》,苏州大学2008年硕士论文。

商标侵权。而在消费社会理论和品牌理论看来,商标法要赋予商标权人对商标发展演变的全部环节的控制,在这种商标观念下,甚至商标标志并未实际使用,商标标志的选定也能产生一定的权利。2001年《商标法》的修改在一定程度上与消费社会理论和品牌理论的商标观念是相契合的。

正如学者所指出的那样:法和经济学已经以一种终局的和连贯的方法理解商标法自居,那种主张必定限于将商标的功能只限于品牌的一部分的狭隘观念。商标的品牌理论方法提供了一种对商标法保护什么的更恰当的功能性理解。这种方法澄清了过去这些年来商标法如何扩张以便诸如匿名来源、混淆、商业外观、家族/机构标志、特许权、整体转让、初始兴趣和售后混淆、淡化之类的原理维护了品牌控制中的商业利益,而无需程度控制全部消费者和社会利益的责任。作为一种判断问题,商标的品牌理论允许清楚识别什么利益是攸关的。品牌的每一方面——产品、公司、消费者和社会——对很好发挥功能的品牌来说都是重要的。通过分析品牌中的公司利益和非公司利益,法院和政策制定者能够识别应该适用什么规则 and 标准。在某些情况下,经济和竞争规则最适合于某一问题。即使如此,品牌的理解也有助于在这种情况下评估竞争和定价的性质。在其他情况下,个人和社会利益可能是重要的事物。在那些情况下,品牌视角提供了一种理解那些利益是什么以及它们是否有害于公司标志所有人的更全面的方法。商标的品牌理论允许人们能够发现一项主张中攸关的真正利益,然后决定是否扩张或者限制商标法的范围。法和经济学的商标法的搜寻成本理论解释了商标法在为市场提供信息方面发挥着的关键作用。然而,商标法在推动信息向消费者流动的同时损害了他人参与信息市场的能力,过分夸大了公司和生产者的利益。商标法的品牌理论表明,如果商标法继续依赖于信息传送作为其规范基础,商标法必须承认并包含这一事实:在今天的信息驱动的经济中,品牌是一种双向信息资源。概言之,商标的品牌理论确定了品牌的真正性质:服从解释并能为所有相关各方重新加工的动态信息客体。随着信息在我们经济中发挥着更大的作用,商标的品牌理论提供了将商标法带入信息时代的机会。不是依赖于一种有限的商标观点,在这种情况下,当试图控制一项标志的意义时公司花费巨大的资源,公司将集中于在竞争环境中发展和保护品牌,同时也利用该品牌帮助开发基于消费者和社会提供的市场信息的未来策略。此外,这种方法将打开商标实现市场所有方面拥有每一参与者作出关于真正的信号市场选择决定的每一参与方都是“相当有力的信息背景”的观点。^①

学说 1-1 王太平:《商标的演变、商标权的扩张与商标保护的边界》(未刊稿)

(一) 商标的萌芽

在从遥远的古代直到工业革命完成这个很长的历史时期里,商标虽已出现,但

^① Deven R. Desai, "From Trademarks to Bromds", 64 *Fla. L. Rev.* 981 (2012).

大部分商标并未完全从商号独立出来,而是和商号一起发挥作用或者辅助着商号而发挥作用,其最重要的证据是商标的物理来源功能和商标非财产性的法律属性。

在工业革命完成之前甚至完成之后相当一段时间之内,商标的功能主要是物理来源功能。在物理来源功能下,商标还不是财产,是不可转让的。在英国,工业革命完成于19世纪40年代,但此时商标尚不是财产,既不能转让,也不能许可使用。直到19世纪60年代,主张将商标确立为财产的提议才开始在英国兴起。1862年,两位议员提交的一份商标法案,其中将商标规定为财产并允许转让,但当时普遍的商标观念导致该《法案》未能通过。服装制造商约翰·狄龙的话代表了当时占统治地位的商标观念,他指出:“在谢菲尔德使用某商标的产品制造商搬到伯明翰后,你们还会允许他继续使用该商标吗?不会。正是因为这个明显的原因,商标是一种表明特定事实的标记,即它代表在特定地域,由特定商人或企业生产的产品。如果改变产地或生产商,标记就被破坏了。我听说过有人想要出售其商标,但我立刻想到了战士准备卖掉其勋章。”^①在这种商标观念下,商标不是财产,商标的功能是识别商品的物理来源,即商品的生产商。在这种商标观念下,商标既是不可转让的,也是不能许可使用的。在美国,工业革命的完成时间迟于英国,物理来源理论一直支配着商标法理论直到20世纪10至20年代。此时,要受到保护,商标必须指示它所附贴的商品的物理的、“个人的”来源。^②没有销售者或者许可人的整个企业的转让,商标不能转让和许可。^③总而言之,在工业革命之前,商标不是财产,而仅仅标志着商品的物理来源(企业),不能与其物理来源相分离,不仅不能转让,也不能被许可使用。

工业革命之前商标的不独立是由当时的简单商品经济条件所决定的。在简单商品经济条件下,尽管已经形成了一定的社会分工,出现了经常性的商品交换,但生产的规模仍然比较小,市场比较狭小。消费者和生产者之间的经销链条还比较短,消费者主要通过识别生产者的商号而不是商标购物。这大概就是早期商标的来源功能中的来源是指物理来源的根本原因。同时,商标形成的前提条件之一是稳定的产品质量和较大的市场规模。而在简单商品经济条件下,生产是由各具个性的个别工匠手工进行的,生产的标准化程度较低,产品质量不稳定,市场规模较小,尚不存在商标形成的客观条件。有关材料显示,甚至直到战后为止,美国杂货店仍然以货物的方式提供其商品。燕麦、咖啡和咸饼干以不加包装的形式出售,顾客会随身带着一个袋子,而杂货店则用顾客想要数量的燕麦、面粉或者豆子装满它。花生黄油装在坛子里,零售时用铲子挖出来,放进自己的坛子或者另买的纸桶

① 余俊:《商标法律进化论》,华中科技大学出版社2011年版,第113页以下。

② See Barton Beebe, “The Semiotic Analysis of Trademark Law”, 51 *UCLA L. Rev.* 621, 678(2004).

③ See J. Thomas McCarthy, J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*(4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:8.

里。培根是厚板的,订购时切一块。面粉放在大储藏箱里——杂货店会为你装一纸包面粉。干豌豆和豆子放在盒子里;泡菜放在巨大的坛子里,每次卖一个。^① 商品是非标准化的,质量也是不稳定的。不仅如此,商标也是不必要的,消费者是从地方销售商购买商品的,如果他们需要购买更多同样的商品或者投诉他们买到的商品,他们可以直接去找销售商。这个过程中并不需要商品以某种方式标记以向消费者指示这些商品的来源。^② 总而言之,在工业革命之前,尽管商标已经出现,但简单商品经济使得既不需要商标,也没有商标产生所必要的条件,商标只是已经萌芽而已,尚未从商号中独立出来。

(二) 商标的独立

工业革命深刻改变了市场交易的环境,商标开始识别商品而不是商品的生产者,商标渐渐真正成为了商品的标志而不再是来源(厂商)的标志,从而从商号中独立出来而成为了它自身。

商标独立的基本标志是商标财产观念的确立和匿名来源理论的产生。在最早完成工业革命的英国,19世纪后半叶,随着工业革命的完成,商标渐渐被视为财产。在中世纪,普通法和衡平法对商标提供的保护都是通讯基础的:普通法诉讼源自欺诈,要求证明欺诈的意图,衡平法体制则要求被告可能误导的错误陈述,也就是说均是一种通讯行为。而随着工业革命的深入,至19世纪末期,商标渐渐被广泛承认为财产。^③ 在工业革命完成稍晚的美国,随着20世纪第一个四分之一的经过,大规模消费、现代广告以及国家市场的形成使得严格来源理论再也站不住脚,商标原理不能再假设大规模生产的品牌商品的消费者了解或者在意了解其所购买的品牌的真正来源,匿名来源理论应运而生。根据这种理论,为了符合保护条件,商标只需要指示一个单一的尽管可能是匿名的来源。在匿名来源理论下,商标被理解为发挥着质量保证的功能,并以此受到保护。^④ 商标的质量功能意味着商标不一定必须指示唯一的制造者或者商人来源,而是发挥着指示一致质量水平的功能。^⑤ 尽管质量保证功能并未替代来源功能,且和来源功能是“并列的”^⑥,但它的产生却具有非常重要的意义。因为“正是保证功能提供了品牌创造和促进的经济激励。通过确定和维持其产品的一致质量,制造者和包装者也能够设定一种一致和统一的价格。

① See Thomas D. Drescher, “The Transformation and Evolution of Trademarks — From Signals to Symbols to Myth”, 82 TMR 301, 321(1992).

② See Laura A. Heymann, “Naming, Identity, and Trademark Law”, 86 *Ind. L. J.* 381, 387(2011).

③ See Lionel Bently, “From communication to thing: historical aspects of the conceptualisation of trade marks as property”, in *TRADEMARK LAW AND THEORY: A Handbook of Contemporary Research* (Eds. Graeme Dinwoodie and Mark D. Janis), Edward Elgar, Northampton, MA, USA, 2008, 4—5.

④ See Barton Beebe, “The Semiotic Analysis of Trademark Law”, 51 *UCLA L. Rev.* 679(2004).

⑤ See J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:10.

⑥ See *Id.*

购买者则能够确定,在商标名称之下销售的燕麦、咖啡、巧克力或者肥皂每一天、每一袋和每一商店都具有同样的质量。而为这种保证,消费者将情愿付钱,而制造商则能够收取额外费用。”^①

商标财产观念的确立和匿名来源功能的产生使得商标既可以独立于营业而转让,也可以被许可使用。于是,商标正式从商号中独立出来,商标开始直接识别商品而不是商品的生产者,商标真正变成了商品的标志,而不再是生产者的标志,商标开始传递商品本身而不是生产者的信息,商标来源功能中的“来源”已经从商品的生产者蜕变为商品本身。

工业革命之所以能够导致商标的独立是因为它根本改变了商品的生产、竞争和市场环境。从技术观点来看,工业革命的特点在于发明和使用那些能够加速生产和经常增加产量的方法,如纺织工业中的机械方法、冶金工业中的化学方法等,这些方法都在准备商品的材料或者决定商品的形式。从经济观点来看,工业革命的特点就是资本的集中和大企业的形成。^② 在工业革命的新的技术和经济条件下,生产是大规模的、标准化的,市场是全国甚至全球性的。大规模标准化生产的质量远高于传统工场手工业,产品质量的稳定性也更高,这给商标的形成提供了前提条件。可以说,工业革命使得产品的生产开始遵循生产技术规律而不依赖于工场手工业主的个人技艺,产品显现出更多的技术特征而不是技艺特征,也开始渐渐地和工场手工业主相分离,从而识别商品的商标也渐渐从识别工厂手工业主的商号中独立出来。而全国甚至全球市场的形成则促进了竞争,产生了运用商标进行竞争的急迫需要。

(三) 商标的异化

如果说工业革命的完成改变了生产和市场的基本结构的话,工业革命的深化则改变了人们的消费,促进了消费社会的形成。在消费社会到来之前,商标仅仅是商品的标志,商标和商品的关系是“红娘”和“莺莺”的关系,是“标”和“本”的关系,商标的功能是区别和指示,是“介绍人”或者联络人,重要的是商品而不是商标,只要“莺莺”漂亮,“红娘”的丑俊是无关紧要的。^③ 一旦完成识别和区别商品的任务,商标的使命就告完成。但在消费社会,商标已经不再仅仅是商品的标志,不再仅仅是“介绍人”或者联络人,商标本身已经变成了商品,即商标不仅继续发挥“红娘”的作用,而且还摇身一变而成为“莺莺”,不仅商品成为消费的对象,商标本身也成为消费的对象,甚至只有商标才是消费对象,商标已经不再仅仅是“标”而是渐渐演化成了“本”,成为了消费的最终目标。商标不仅携带关于来源和实质产品特征的信

^① Thomas D. Drescher, “The Transformation and Evolution of Trademarks — From Signals to Symbols to Myth”, 82 TMR 301, 327(1992).

^② 参见[法]保尔·芒图:《十八世纪产业革命:英国近代大工业初期的概况》,杨人梗、陈希秦、吴绪译,商务印书馆1983年版,第386—387页。

^③ 参见刘春田:《商标与商标权辨析》,载《知识产权》1998年第1期。

息——耐久性、易用性、回收材料、关注细节的信息,而且携带同样有价值的感觉的、财务上“值得的”、环境意识的创新信息。“结果,商标已经成为一种提供强有力的交流经济市场外同样有价值的信息的方式。当用这种方式使用时,商标携带超出发出购买相关信息的信号而变成在其自身权利中的独特‘产品’的方式。”^①换言之,商标已经异化成消费的对象,成为“商品”本身。

商标符号表彰功能的出现和商品符号价值的产生是商标异化的主要表现。商标符号表彰功能的出现是随着消费社会中人们心理消费需求的不断提升而自然产生的结果。在消费社会,商标除了具有“认牌购物”的指示意义外,更是人们彼此间进行社会交流的媒介和桥梁。一方面,基于人们对商品所形成的双重效用认知,商标“所指”的内涵得到了拓展,其不仅承载着反映产品客观效用的质量、功能等信息内容,更涵括了反映产品主观效用的文化、精神等信息内容。另一方面,随着消费者的消费观念由物质消费向意义消费的转化,原本在商标结构中占据重要地位的“对象”要素——产品——对消费者的意义正在逐渐减弱,消费者更看重的是对商标所承载的符号意义的体验^②，“曾经仅仅发挥着作为指示出处、来源和商品质量的信号功能的表意符号已经凭其本身而成为产品,作为使用这些符号的人们的地位、偏好和抱负的指示器而有价值”。^③也就是说,“消费者会使用品牌表达他们自己”,“品牌不是生产者的标志而是消费者的标志”。^④

商标符号表彰功能是商品符号价值产生的直接结果。在消费社会到来之前,商品只具有使用价值和交换价值两种价值,消费行为主要是一种满足生理需要的经济行为。而在进入消费社会之后,商品除了具有使用价值和交换价值之外还具有了符号价值^⑤,商品符号价值的出现不仅使得消费行为开始“从现实利益向符号意义拓展,逐渐超越具体的物的使用和占有,而展现出对符号意义的操控,使得消费具有更多意义的属性”^⑥,而且使得消费行为“成为我们进行自我识别和归属,以及对他人进行识别和归类的重要方式”。^⑦在消费社会中,商标是商品符号价值的主要载体和外在表现,“主要是虚构附着过程的结果,通过这种虚构附着过程,暗示

① Vincent Chiappetta, *Trademarks: More than Meets the Eye*, 2003 U. Ill. J. L. Tech. & Pol'y 35 (2003).

② 徐聪颖:《论商标符号表彰功能的内涵及其法律保护》,载《市场营销》2010年第9期。

③ Rochelle Cooper Dreyfuss, “Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation”, 65 *Notre Dame L. Rev.* 397 (1990).

④ Deven R. Desai, “From Trademarks to Brands”, 64 *Fla. L. Rev.* 1044 (2012).

⑤ 所谓符号价值是商品满足人的多样需要的一种价值,是商品在意义上的有用性。参见伍庆:《消费社会与消费认同》,社会科学文献出版社2009年版,第118页。

⑥ 伍庆:《消费社会与消费认同》,社会科学文献出版社2009年版,第106页。

⑦ 同上书,第115页。

的或者任意的商标不仅指涉产品本身,也指涉更宽泛的文化主题”。^①而通过对商标商品的消费,人们可以“表达自己与他人或社会群体之间的同一性或差异性,将自己归属于特定的社会群体,从而对自己进行社会定位和归类”。^②

商标异化的深层原因是消费社会的发展。概而言之,消费社会是相对于生产占主导地位的消费占主导地位的社会。在消费社会中,商品在消费之前呈符号状态,人们消费的不再是商品的使用价值,而是商品的符号价值,即商品被赋予的意义。^③符号消费的实质在于社会身份的建构,符号消费的目的不是寻求同质化,而是寻求差异化。在消费社会里,电视、报纸、广播、网络等等大众媒体为符号消费和符号价值的认同提供了技术支撑,大众传媒不仅成为了符号消费的共谋,而且成为了符号的直接生产者。^④商标异化就是作为符号消费的一部分而出现的,是符号消费的必然要求。因为在消费社会,一切商品或服务只有成为符号或者具有符号价值才能成为消费的对象,而商标是商品或服务最“显眼”的表露,不仅是商品符号价值的最佳载体,而且是商品或服务进一步细分的唯一工具。

问题讨论:

商标的演变与商标权的范围有何关系?

案例 1-1 北京市京工服装工业集团服装一厂诉北京百盛轻工发展有限公司、鳄鱼国际机构(私人)有限公司、中国地区开发促进会侵犯商业信誉、不正当竞争纠纷案^⑤

北京一中院(1994)中经知初字第566号

罗东川、刘海旗、马来客法官:

原告北京市京工服装工业集团服装一厂(以下简称“服装一厂”)诉被告北京百盛轻工发展有限公司(以下简称“百盛购物中心”)、鳄鱼国际机构(私人)有限公司(以下简称“鳄鱼公司”)、中国地区开发促进会(以下简称“开发促进会”)、第三人陈树新侵犯商业信誉、不正当竞争纠纷一案,北京一中院受理后,依法组成合议庭,公开开庭进行了审理。原告服装一厂的原法定代表人卢思齐和委托代理人张全喜、董舰今,被告百盛购物中心的委托代理人刘国荃、蒋克,被告鳄鱼公司的委托代

^① Thomas D. Drescher, *The Transformation and Evolution of Trademarks — From Signals to Symbols to Myth*, 82 TMR 301, 329(1992).

^② 伍庆:《消费社会与消费认同》,社会科学文献出版社2009年版,第113页。

^③ 姜帆:《品牌文化:消费社会背景下品牌竞争的核心——符号学视角的分析》,载《新闻界》2008年第4期。

^④ 黄波:《鲍德里亚符号消费理论述评》,载《青海师范大学学报》(哲学社会科学版)2007年第3期。

^⑤ 本案与反向假冒无关的案情有删节。为了尽量保持案例的原貌,本书所引用案例中所引法律法规均保持原样,未按照法律法规的修改进行修改,特此说明。

理人吴宏伟、管钢,被告开发促进会的委托代理人张敬波、王俊岭,第三人陈树新及其委托代理人常韦到庭参加了诉讼。

原告认为,被告作为经营者,应遵守法律、法规和商业道德,其此种不劳而获,冒用他人产品谋取暴利的不正当竞争行为,既是对消费者经济利益的损害,又是对原告的产品信誉、声誉的恶意败坏,扰乱了社会经济秩序,违反了诚实信用的竞争原则,败坏了原告在消费者心目中的形象。请求法院判令被告:(一)公开赔礼道歉、消除影响;(二)赔偿原告100万元,包括被告非法获利及对原告商业信誉造成的损害;(三)承担本案的诉讼费、律师费等。

被告认为,更换商标的行为服装一厂是知道的,但并未反对,故未侵犯原告的商标专用权,亦不存在不正当竞争问题,没有恶意败坏服装一厂的产品声誉,故不同意原告的诉讼请求。

经审理查明:1979年10月31日,服装一厂申请的“枫叶”商标经国家商标局核准注册,获得商标专用权,核定使用的范围为:大衣、夹克、西服、上衣。该商标续展有效期限至2003年2月25日。1993年12月29日,鳄鱼公司授权同益公司在北京贩卖鳄鱼牌皮鞋、皮带、皮夹等皮革制品和卡帝乐牌男装、女装、童装服饰系列等。1994年4月7日,同益公司与百盛购物中心签订设置专柜合同书,双方联合销售鳄鱼牌和卡帝乐牌商品,同益公司对于所陈列或销售之商品,不得有侵害他人商标权、著作权等不法事宜,若有违反,同益公司除须负法律责任外,亦须赔偿百盛购物中心因其所产生之费用及损失。1994年4月15日,同益公司工作人员通过服装一厂所属的经营部以每条188.03元的价格购买服装一厂生产的“枫叶”牌男西裤26条,随后将其中的25条男西裤的“枫叶”商标更换为“卡帝乐”商标,在百盛购物中心“鳄鱼专卖店”进行销售。1994年4月28日,服装一厂的工作人员李某某、杨某某在百盛购物中心鳄鱼专卖店以每条560元的价格购买已更换成“卡帝乐”商标的男西裤2条,百盛购物中心出具了销售发票。至1994年5月20日法院采取保全措施时止,同益公司共卖出西裤8条,尚有17条未销售。西裤标价为每条560元,产地为新加坡。

法院认为,社会主义市场经济是法制经济,经营者必须遵循诚实信用、公平竞争的原则和遵守公认的商业道德。为使社会主义市场经济能够健康、有序地发展,任何通过不正当手段损害他人商业信誉及进行不正当竞争的行为都应当为法律所禁止。原告为建立良好的商业信誉和产品声誉,经过多年不懈的努力和投入,使其“枫叶”牌西裤在版型设计、面料选择、制作工艺等方面都具有自己的特点。其产品满足了不同消费者的需求,占有了一定的市场份额,在市场竞争中取得了一定信誉,“枫叶”商标也在市场上享有一定的知名度。原告对其享有的商业信誉和公平竞争的权利,应受到法律保护。

就本案而言,原告并未授权被告可以更换原告产品的商标再行销售。被告表面上通过购买行为使原告对售出的服装的商标权权利利用尽,欲使其行为合法化,但

被告并非商业活动中的最终用户。被告是利用原告的优质产品为其牟取暴利,无偿地占有了原告为创立其商业信誉和通过正当竞争占有市场而付出的劳动,其行为违反了诚实信用、公平竞争的基本原则,妨碍原告商业信誉、品牌的建立,使原告的商业信誉受到一定程度的损害,正当竞争的权利受到一定的影响。因此,被告行为构成侵权,应承担相应的法律责任,包括赔礼道歉、消除影响、赔偿损失。具体赔偿数额本院根据本案的实际情况予以酌定。至于被告所述其工作人员更换商标的行为得到了原告许可的辩称,因没有证据支持,本院不予采信。

法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第4条、第134条第1款第(七)项、第(九)项、第(十)项,《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条之规定,判决被告向原告北京市京工服装工业集团服装一厂赔礼道歉、消除影响,赔偿原告商业信誉损失及为本案支付的合理费用共计人民币10万元整。

问题讨论:

那么,商标反向假冒行为到底是否是侵权行为呢?如果是的话,又构成什么类型的侵权行为呢?究竟是侵犯商标权的行为还是反不正当竞争行为?

讨论提示:上述案例就是著名的“枫叶”诉“鳄鱼”案件,当时由于我国《商标法》尚未规定反向假冒,因此法院运用《反不正当竞争法》对本案作出了判决,不过据主审法官的看法,本案既可以运用《反不正当竞争法》进行判决,也可以运用《商标法》进行判决。^①言外之意,“枫叶”案的被告的行为既构成不正当竞争行为,也构成侵犯商标权的行为。但是,在学术界,该案判决却引起了极大的争议,既有认为构成侵犯商标权者^②,也有认为不构成侵犯商标权而构成反不正当竞争者^③,还有认为根本不构成侵权者。^④2001年《商标法》增加了反向假冒的规定,但即便如此,我国知识产权学界对反向假冒行为的性质仍然存在着截然相反的观点。^⑤结合本书前述的商标本质和功能的不同认识以及学界对商标反向假冒行为性质的不同认识,试分析商标反向假冒行为的性质并评价“枫叶”案。

§ 1.1.3 商标的种类

从不同的角度,根据不同的标准,可以对商标进行不同的种类划分。这里主要谈一下几种最重要的商标分类:

(一) 按照商标构成要素可以将商标分为文字商标、图形商标以及组合商标。

① 罗东川:《审理“枫叶”诉“鳄鱼”案的几个问题》,载《中华商标》1998年第4期。

② 参见郑成思:《商标中的“创作性”与反向假冒》,载《法律适用》1996年第10期。

③ 参见刘春田:《商标与商标权辨析》,载《知识产权》1998年第1期。

④ 参见金勇军:《评“枫叶”诉“鳄鱼”不正当竞争案》,载《法学》1999年第12期。

⑤ 参见张玉敏,王法强:《论商标反向假冒的性质——兼谈商标的使用权》,载《知识产权》2004年第1期;韦之,白洪娟:《反向假冒质疑》,载《知识产权》2004年第1期。

这是我国最经典的一种商标分类方法,是以 2001 年修订之前的《商标法》只承认文字、图形及其组合为商标构成要素为前提的。

1. 文字商标。文字商标是指构成商标的标志是由文字构成的。构成商标的文字可以是汉字或者外文,也可以是拼音或字母,凡是人类所使用的文字均可以作为文字商标使用。文字商标的优点在于便于口头称谓,易于记忆、传诵,但是不够形象,视觉冲击力不太强。

2. 图形商标。图形商标是指单纯由图形,即点、线、面所构成的商标。图形商标的优点是,商标标志本身就是一件艺术品,不受语言的约束,生动、鲜明、形象,利于跨国界传播。但它也有缺点。与文字商标相比较而言,图形商标不便于口头称呼,不便于相互交流。

3. 组合商标。组合商标是由文字和图形组合而成的商标。组合商标兼具文字商标与图形商标的优点,在实际经济生活中被大量采用。组合商标中的文字与图形相互协调、密切联系,形成一个和谐整体,使得商标既便于称呼,又非常形象,便于跨国界传播。

(二) 按照商标使用对象的不同,可以将商标分为商品商标与服务商标。

1. 商品商标。商品商标是指使用于商品之上的商标。根据使用者的不同,又可以分为商品的生产者在其生产或制造的商品上所使用的制造商标和销售者在其销售的商品上所使用的销售商标两类。商品商标一般可以通过直接贴附于商品、贴附于商品外包装、用于广告宣传等方式使用。

2. 服务商标。服务商标是指服务的提供者在服务项目上所使用的商标。我国 1982 年《商标法》并没有对服务商标作出规定,1993 年修订的《商标法》增加了有关服务商标的规定,自此服务商标与商品商标一样都受到商标法的有力保护。服务商标和商品商标不同,由于服务是无形的,是一个行为过程。因此,服务商标不能像商品商标那样,直接贴附于商品或商品外包装上使用,而是通过广告和服务过程中的其他环节来使用和体现的。

其他的根据商标标志是由二维标志还是三维标志构成的可以分为平面商标和立体商标;将商标是否形象分为形象商标与非形象商标;按商标功能、用途划分为等级商标、从属商标、备用商标等;按注册与否分为注册商标与未注册商标等等。

(三) 几类特殊的商标。实践中有几类比较特殊的商标:

1. 集体商标。根据我国《商标法》的规定,所谓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。和一般商标相比,使用同一集体商标的经营者或服务提供者属于同一组织;集体商标所有权属于一个集体,成员享有使用权;集体商标不得转让,等等。注册集体商标是我国地理标志保护的重要形式。

2. 证明商标。根据我国《商标法》的规定,所谓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。与一般商标相比,证明商标并不识别具体商品,而仅仅证明使用该证明商标的商品或服务达到了某种标准;证明商标不具有专有性;证明商标的注册人自己不能使用该标志,但负有对使用该证明商标的产品或服务进行鉴定、评定及监督控制的义务。注册证明商标也是我国地理标志保护的重要形式。

3. 联合商标。联合商标是指商标所有人注册的用于相同或者类似商品的一系列与主商标相近似的商标。如“娃哈哈”与“娃娃哈”“哈娃娃”“哈哈娃”等。注册联合商标的目的在于保护主商标,防止他人使用或注册与主商标近似的商标,保护自己的利益,防止市场混淆甚至初始商标显著性的淡化直至丧失。在联合商标中,除主商标外,其他商标不要求使用。同时,在发生转让时,联合商标应作为一个整体对待。

4. 防御商标。防御商标是指商标的所有人在与注册商标所核定使用的商品或服务类别不同的其他商品或者服务上所注册的与其注册商标相同的商标。注册防御商标的目的是防止他人将其注册商标用于不同的商品或服务上。被防御的商标一般应是驰名商标。

§ 1.2 商标法的立法宗旨

正如梁慧星先生所说的,法律作为一种行为规则,是立法机关制定的。立法机关代表人民行使立法权,制定各种法律,每一个法律规则都有其目的。因此,学习法律、理解法律,需要了解各个法律规则所要实现的目的。商标法的法律目的或者立法宗旨显然同样是学习、理解法律所必须了解的。不仅如此,作为商标法存在的根本的目的性理由,商标法的立法目的或者立法宗旨同样是商标法规则制定的出发点和根本指导,同样决定着商标法具体的制度设计。

§ 1.2.1 商标法的立法目的或立法宗旨的确定方法

问题是,作为商标法的出发点和根本指导的商标法的立法目的或立法宗旨,其出发点又是什么?也就是说,我们又该如何找到商标法的立法目的和立法宗旨的根源,从而确定它呢?

本书认为,商标法的立法目的和立法宗旨必须从社会现实找到根据。因为“法以社会现实为调整对象,所以,社会现实是第一性的,法是第二性的”。法的第二性导出两个结论:(1)法不能无视第一性的社会现实,法的调整技术不能从根本上与社会现实形成冲突。(2)法是根据人的需要来建构的,法只选择它能够调整的事物、采用它能够实现的手段进行调整,而不是社会现实的简单描摹。因此,法如同

一部作品,源于生活,又高于生活。^①功能主义社会学家卢曼在阐述其社会学理论时从法律与社会环境的关系出发来阐述法律发展的规律性。卢曼认为,“法律系统是一个在规范上闭合的系统”。“同时它又是一个在认知上开放的系统。……闭合性于开放性是基于自我指涉的闭合性,而闭合性的‘自我生成的’复制与环境有关。……法律系统对于认知方面的信息是开放的,但是对规范方面的控制是闭合的。”“规范上的闭合性并不排斥认知上的开放性。相反,它要求在系统与环境之间进行信息交换。”“法律系统基于其规范自我指涉,是一个信息处理系统,而且如果能充分地将它的认知结构普遍化,它就能够使它自己适应正在发生变化的环境。”“规范上的闭合性要求系统——其中的各个要素都相互支持——的各个组成部分之间具有对称关系。另一方面,认知上的开放性要求系统与其环境之间具有不对称关系。系统的运作依环境的运作而定,而且适应于正在发生变化的条件。”^②法律系统与社会环境的这种开放性与闭合性的关系是通过立法而达成统一的。“在法律系统范围内,优先权交给了立法机关。在某种程度上,这意味着认知上的考虑超越于规范上的考虑而获得了一种新的首要位置。法律不得不适应环绕着它的整个社会,而如果法律仍然能够继续履行它本身的社会功能的话,那么我们将是很幸运的。”^③

那么,商标法立法目的和立法宗旨的现实依据是什么呢?

本书认为,这种现实依据应该包括两个方面,即商标运行的客观规律和立法者的主观“追求”,其中立法者的主观“追求”是立法者所追求的商标法的目标,而商标运行的客观规律决定了立法者所追求的商标法的目标的可能性和范围。因此,要具体确定商标法的立法目的和立法宗旨就必须深入商标运行的客观规律。这也是本书将商标的本质作为第一讲的根本原因。当然,立法者的“追求”也是很重要的。本书认为,立法者的“追求”并不完全是主观的,它不仅要受到商标运行的客观规律限制,也会受到商标法存在的客观社会环境的限制。由于商标是在市场经济中发挥作用的,这里商标法的客观社会环境中最重要的莫过于经济体制的选择。在计划经济体制下,经济运行的各个环节都受到国家的全面的直接控制,立法者的操控空间非常大,可以较为自主地根据需要设定其所欲追求的商标法的立法目的和立法宗旨。当然,在计划经济体制下,由于经济运行受到国家的全面直接控制,商标发挥作用的空間也极其有限,商标法即使有必要存在,也只是国家管理经济的工具。这就是我国1963年《商标管理条例》规定商标强制注册的原因。该条例第1条规定:“为了加强商标的管理,促使企业保证和提高产品质量,制定本条例。”第2条第1款规定:“企业使用的商标,应当向中央工商行政管理局申请注册。”第3条规

^① 李琛:《法的第二性原理与知识产权概念》,载《中国人民大学学报》2004年第1期。

^② [德]卢曼:《法律的自我复制及其限制》,韩旭译,李猛校,载《北大法律评论》第2卷第2辑。

^③ 同上。

定：“商标是代表商品一定质量的标志，工商行政机关应当会同有关部门对商品的质量进行监督和管理。”《商标管理条例》完全是经济管理的工具，根本不是现代意义上的商标法。而在市场经济体制下，经济运行的各个环节主要由市场调控，国家对市场的调控仅仅是宏观的和间接的。在市场经济体制下，商标成为市场经济运行的重要环节，是市场经济中商品和服务信息传递的主要桥梁。比如在市场经济的美国，法院认为，“在我们的经济中存在着一种根深蒂固且为法院所尊重的基本公共政策，这种公共政策建立于自由竞争能最好地促进社会福利的假设之上”。^①也许正因如此，商标法专家的皇皇巨著《麦卡锡论商标与不正当竞争法》从不正当竞争的基本原理开始其论述。由于商标法传统地被认为属于反不正当竞争法，促进竞争显然也成为商标法的主要目标。尽管我国商标法脱胎于计划经济体制，目前也仍然存在着某些计划经济痕迹，但随着市场经济的发展，我国商标法在性质上也变得主要是市场经济的。

从世界各国商标法立法来看，大部分国家的立法并未直接规定商标法的立法目的和立法宗旨，在进行了直接规定的国家的《商标法》中，通常把商标所有人的利益、产业的发展 and 消费者的利益确定为商标法的立法目的和立法宗旨。如日本《商标法》第1条规定的就是商标法的立法目的，该条规定：“本法的目的是通过保护商标确保维护使用商标的人的营业信心从而促进的发展和保护消费者利益。”对此，学者解释到：“商标法的目标是直接保护私人的商标权，通过保护消费者利益而间接地促进公共福利。也就是说，商标法的具体目的是保护在竞争营业中使用标识的人的‘注册’商标，而通过这种竞争营业的保护使社会受益。”^②《韩国商标法》第1条规定的也是立法目的，该条规定：“本法的目的是通过保护商标确保维护使用商标的人的商业营业信誉以便促进的发展和保护消费者利益。”我国《商标法》第1条规定：“为了加强商标管理，保护商标专用权，促使生产、经营者保证商品和服务质量，维护商标信誉，以保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济的发展，特制定本法。”

本书认为，商标法的立法目的和立法宗旨可以概括为以下三点：

§ 1.2.2 保护商标权人的商标权是商标法的重要而直接的核心目标

保护商标权人的商标权是商标法的重要而直接的核心目标，这不仅是由商标法的性质和功能所决定的，也是由商标法的全部制度设计所决定的。

^① Eastern Wine Corp. v. Winslow-Warren, Ltd., 137 F.2d 955, 57 U.S.P.Q. 433, 57 U.S.P.Q. 565 (2d Cir. 1943).

^② Dr. Shoen Ono, Overview of Japanese Trademark Law, Ch. 4 Systematic Position of the Trademark Law, http://www.iip.or.jp/e/e_publication/ono/ch4.pdf, Retrieve on Aug. 1st, 2014.

从其性质来看,商标法是一种私法,是保护商标权人的私的商标权的私法。从其功能来看,商标法只是将商标权赋予商标权人。商标法的私法性质是由商标权的私权性质所决定的,而商标权的私权性质则是由经营者的经济自由权或者营业自由权^①所决定的。所谓经济自由是指由私的个体进行生产和消费的决策,而不是由政府集中地决策。个体为了进行经济决策,他们必须拥有对资源的控制,能够签订关于那些资源和他们的活动的协议。这意味着政府必须保护私人财产权并使人们能够通过合同使自己受约束。以演讲的方式来说,财产权和合同是公权力的形式。当将经营控制从私人转移至国家的其他形式的公权力受到限制的时候,经济自由就开始存在。^②可以说,商标权是经济自由或者营业自由的组成部分或者自然延伸,没有经济自由或者营业自由,商标只是生产者的责任或义务而不是权利,经济自由是商标权成为权利的前提。^③当然,“经济自由并非完全否定政府干预经济,而是认为政府干预经济应当基于纯粹的公共利益目的,并且理由正当。其强调的是如何充分保证国家对经济的适度干预又得以保证公共利益的实现,从而最大程度保证和实现经济自由”。^④商标权这种私权性质决定了商标法的功能,即将商标权赋予商标权人,由其承受使用商标的全部后果。当商标权人并不损害他人利益的情况下,他当然可以自由地使用他自己的商标,即便他的产品质量并不稳定,甚至对消费者购买产品的决策产生了不良影响,但只要他的质量并不违反国家强行性法律,如产品质量法的规定以及他自己对其产品质量的承诺,国家和消费者都不能追究商标权人的法律责任,商标权人所受到的“制裁”只是市场自然选择的结果,即商标权人的商标被砸了牌子。因此,严格地说,商标法并不保护消费者,至少商标法并不直接保护消费者,商标法对消费者利益的保护建立于商标权人和消费者之间的利益的一致性的基础之上,正是由于商标权人和消费者利益一致性,即他人非法使用商标既会损害商标权人利益,也会损害消费者利益。事实上,这也表明,商标法并不能对消费者提供确切的保护,因为当生产者生产的产品既符合国家的强制性标准也符合他自己承诺的产品质量标准,即其所有产品的质量都在这个质量水平之上,但有些产品质量相当于这个标准,但有些产品质量要远远高于这个标准,质量水平很不稳定,此时尽管消费者有损害即今天买到一件质量很高的产品,明天却买到一件质量较低的产品,有一种受骗的感觉,但显然此时消费者是无法对

^① 在宪法学看来,经济自由包括居住、迁徙自由、职业选择自由和财产权,其中职业选择自由可以理解为包含营业自由。参见〔日〕阿部照哉:《宪法》,周宗宪译,中国政法大学出版社2006年版,第203页。

^② John Harrison, “The Constitution of Economic Liberty”, 45 *San Diego L. Rev.* 711(2008).

^③ 关于英美早期商标保护史的概述,参见 Mark P. McKenna, “The Normative Foundations of Trademark Law”, 82 *Notre Dame L. Rev.* 1849—1873(2007).

^④ 陈蓉:《论经济自由的含义及其价值——以公用事业的市场准入为视角》,载《长沙理工大学学报(社会科学版)》2010年第4期。

生产者提起诉讼的,如果说生产者会受到某种“制裁”的话,就是牌子砸掉。

从商标法的全部制度设计来看,商标法也是保护生产者的。从商标法的全部制度设计来看,商标法并无保护消费者的制度构造。即便我国2001年《商标法》规定了消费者保护的内容,其第7条规定:“商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标管理,制止欺骗消费者的行为。”第45条规定:“使用注册商标,其商品粗制滥造,以次充好,欺骗消费者的,由各级工商行政管理部门分别不同情况,责令限期改正,并可以予以通报或者处以罚款,或者由商标局撤销其注册商标。”但这些条款事实上无法起到很大作用,因为当生产者的产品质量标准和国家强制性标准相同的情况下,生产者生产的产品如果不违反产品质量法等强行性规定就不会违反生产者自己对产品质量的承诺,此时,生产者就既不会构成欺诈消费者的行为,也不属于商品粗制滥造,以次充好,欺骗消费者,各级工商管理部门是无法对生产者进行“制裁”的。而当生产者的产品质量标准高于国家强制性标准的情况下,这两条规定也只是有害无益。因为这两条规定只是迫使生产者为了减少违反这两条规定的风险而降低企业标准至国家强制性标准,而如果没有这两条规定,生产者也许会制定更高的产品质量标准。同时,即使消费者自己进行救济,他也无法用商标法,所能够用的只是产品质量法或者消费者权益保护法。除了以上两条之外,商标法的其他全部规定都是如何使生产者取得商标权并使其商标权得到恰当保护的制度。因此,从商标法的全部制度设计来看,商标法也主要是保护生产者利益的。而至少从英美法系商标法早期立法的审查可以得出结论,商标法“主要关注保护生产者的利益。在许多判例中,保护这些利益对消费者产生了一种附带好处,但是这种附带好处并非判决的动机”。^①也许正因如此,2013年《商标法》修订时将2001年《商标法》第45条删除,而仅仅保留了原第7条的原则性的宣示性规定。

§ 1.2.3 促进自由竞争和经济发展是商标法的重要的终极目标

对于商标法而言,“促进自由竞争和经济发展是商标法的重要的终极目标”似乎是一种公认的结论。但是,商标法为什么应该促进自由竞争和经济发展?它又是如何促进自由竞争和经济发展的?显然,经济发展是我们所需要的,但问题是商标法能否促进经济发展?经济发展和自由竞争之间又是什么关系?这是认识商标法立法宗旨或立法目的所必须弄清楚的。本书认为,商标法有助于促进自由竞争,而自由竞争最终将推动经济发展,这既是商标法所能做到的,也是商标法应该做的。

^① Mark P. McKenna, “The Normative Foundations of Trademark Law”, 82 *Notre Dame L. Rev.* 1873 (2007).

(一) 商标法能够促进自由竞争和经济发展

首先,自由竞争是经济发展的原动力。自由竞争是指可以自由地进行资本投入、转移和商品买卖的竞争。自由竞争建立在对人的有限理性和信息不完全的基础之上,因为如果人是无限理性的,计划经济无疑是最优的经济体制。如果人是有限理性的,但信息是完全的,计划经济也将是最优的经济体制。由于人的有限理性和信息的不完全,只有分散的市场主体之间的自由竞争可以实现最优的经济效率和经济目标。自由竞争迫使经营者降低产品的价格,提高产品质量,要求市场主体发挥自己的最大能力,以最低的成本实现最优的质量。最终实现了经济发展。

其次,商标保护有助于促进自由竞争,也直接提高了经济效率。正如前文所言,正常发挥功能的商标能够在市场中起到信息传递的功能,而信息的传递可以提高经济运行的效率,而商标保护则有效地保障了商标功能的正常发挥。因此,商标保护即商标法有助于促进自由竞争,并直接提高了经济效率。

(二) 商标法应该促进自由竞争和经济发展

商标法能够促进自由竞争和经济发展,但是我们是否应该为商标法设定这样的立法目的或立法宗旨呢?本书认为,所有法律规则的设定均是为了社会有效率地正常发展,既然商标法能够促进自由竞争和经济发展,我们就应该为其设定这样的立法目的或立法宗旨,充分发挥商标法的作用。同时,尽管商标法对商标的保护能够促进自由竞争和经济发展,但商标法这一目标的实现却并不是一蹴而就的,商标保护也并不一定就能够促进自由竞争和经济发展。比如,当商标权过度扩张之时,商标保护就不仅不能促进自由竞争和经济发展,甚至反过来会阻碍自由竞争和经济发展,甚而危及诸如言论自由之类的社会基本价值。因此,必须为商标法设定促进自由竞争和经济发展的立法宗旨或立法目的,从而从根本上统帅商标法的全部规则和操作实践,确保商标保护发挥其应有之作用。

§ 1.2.4 保护消费者利益既是商标保护的附带结果,也是商标法的重要价值目标

由于商标法并未赋予消费者以独立的诉权,商标法并不直接保护消费者。也许正因如此,学者认为,商标法“主要关注保护生产者的利益。在许多判例中,保护这些利益对消费者产生了一种附带好处,但是这种附带好处并非判决的动机”。^①但是,由于知识产权的公共政策属性^②,立法者可以赋予商标法以保护消费者的价

^① Mark P. McKenna, “The Normative Foundations of Trademark Law”, 82 *Notre Dame L. Rev.* 1873 (2007).

^② 参见王太平:《论知识产权的公共政策性》,载《湘潭大学学报》(哲学社会科学版)2009年第1期。