

# 商标法基本范畴的符号学分析

彭学龙\*

---

**内容提要:** 符号学是专门研究符号及其意指活动之规律的科学,本质上属于跨学科的方法论。由于商标本身就是一种符号,商标法既是市场经济社会的重要法律,又是一种符号规范,因此,在商标法学领域,符号学不仅是一种研究方法,而且还具有本体上的意义。透过商标法基本范畴的符号学分析,我们可以对商标、商标权和商标侵权的本质做出直观而合理的解释,从而准确把握商标制度的运行机理。

**关键词:** 商标法 基本范畴 符号学分析

---

## 一、商标三元结构及其符号学分析

知识产权的客体难以精确界定,其公共产品属性使得在没有法律特别规定的情况下难以阻止他人不法使用或搭便车,即使出现了侵权性的使用也不易发现。<sup>[1]</sup>因此,权利对象的认定始终是知识产权法中最基本、也最困难的问题,<sup>[2]</sup>商标权自然也不例外。正如符号学着力研究符号应有的结构一样,商标理论也应致力于界定商标必备的结构。<sup>[3]</sup>符号结构理论的本意在于回答什么是符号这一问题,而研究商标结构的目的是为了准确界定商标权的客体。

### (一) 符号结构理论

研究符号结构离不开索绪尔和皮尔士的理论。索绪尔(1857-1913)是瑞士语言学家,在其传世名作《普通语言学教程》中,他提出了被后世奉为圭臬的符号学思想:“可以设想建立一门研究社会中各种符号生命的科学。它将是社会心理学的一部分,因而也是整个心理学的一部分。我把它称为符号学,符号学研究符号的构成及其规律。”<sup>[4]</sup>在索绪尔看来,符号是由“能指(Signifier)”与“所指(Signified)”组成的二元实体。一般说来,能指就是可以被感知的形式如单词读音,所指则由上述可感知的形式所代表的特定心理概念构成。以book(书)这个词为例,单词book的音响形象为能指,book(书)这一心理概念为所指,符号作为一个整体,源于对能指与所指的联

---

\* 中南财经政法大学知识产权研究中心副教授。

本文系教育部人文社会科学重大攻关项目“知识产权制度的变革与发展”(编号:04JZD0016)的中期成果。

[1] 参见兰德斯、波斯纳:《知识产权法经济结构》,金海军译,北京大学出版社2005年版,第23页。

[2] 参见李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第71页。

[3] See Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, 51 UCLA L. Rev. 621.

[4] 索绪尔:《普通语言学教程》,中国社会科学出版社1999年英文版,第16页。

想。<sup>[5]</sup>我们常说,商标是企业商誉的代表,实质上就隐含着这种二元结构:能指即商标,所指即商誉。

皮尔士(1839-1914)是美国著名实用主义哲学家,也是最早系统阐释符号现象的学者。其眼中的符号由三个要素构成:第一个要素是符形(Representamen),类似于索绪尔的能指,是可以感觉到的客体,即“据以向人们心灵传递意义的工具”;第二个要素是对象(Object, Referent),可以是现实世界中的物理对象或思维世界的心理实体;第三个要素是符释(Interpretant),类似于索绪尔所指,皮尔士将其定义为“在解释者心目中产生的东西”或“心理效应”、“适当的意义效果”、“符号的适当效果”。<sup>[6]</sup>在这三要素中,“对象决定符号,符号决定解释项,而对象又通过符号中介间接决定解释项。相对于对象,符号是被动的,而相对于解释项,符号又是主动的。换句话说,对象是符号的成因,解释项则是符号的意义。”<sup>[7]</sup>

比较两种符号结构不难发现,索绪尔忽略了一个重要要素,即实际的物理对象——人们手中之书。用他自己的话说,“语言符号所联结的并非事物与名称,而是概念与音响形象。”<sup>[8]</sup>对此,有学者做了如下解释:索绪尔以语言为主要考察对象,所以不太关注现实世界;皮尔士则着眼于整个符号世界,故而强调符号的三元结构。<sup>[9]</sup>即便如此,当人们言及某个具体的物理对象时,语言的二元结构还是显得残缺不全。<sup>[10]</sup>因此,现代符号学往往偏向于符号三元论,对商标的符号学分析多从三元结构入手,本文也不例外。尽管如此,索绪尔的理论,特别是其中的符号任意性原则,对于正确把握商标制度的运行机理仍具有重要意义,而随着商标结构的二元化,索绪尔的学说将会有更大的适用空间。<sup>[11]</sup>

## (二) 商标三元结构

作为符号,商标也是由能指、所指和对象组成的三元结构,其中,能指就是有形或可以感知的标志,所指为商品的出处或商誉,对象则是所附着的商品。考察各国商标法乃至国际公约有关商标的定义条款,不难发现其中隐含的三元结构。我国商标法第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可视性标志,包括文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合,以及上述要素的组合,均可以作为商标申请注册。”《与贸易有关的知识产权协定》第15条则规定:“任何标记或标记组合,只要能区分一企业和其他企业的商品或服务,就可以作为商标。”这些规定无一不是商标三元哲学的产物。

美国商标法权威麦卡锡教授曾经对美国兰哈姆法的商标定义进行重组,将商标的构成分解成三要素:(1)有形的标志,即词语、名称、记号或图案或者其任何组合;(2)使用的型式,即商品或服务的生产者或销售者对标志的实际使用;(3)功能,即标示产品并使之区别于其他人所制造或销售的产品。<sup>[12]</sup>不难看出,这是一种再明显不过的三元结构。首先,商标必须采取某种有形标记的形式。这种“词语、姓名、记号或图案或者其任何组合”就是商标的能指,当法院称商标为产品来源或出处的“标示者”时,实际上是指商标可以被感知的形式。其次,商标必须在商业活动中使用并指涉特定的商品或服务,这些商品或服务就是商标的对象。最后,商标必须标示和区别其对象,

[5] 前引[4],索绪尔书,第65页以下。

[6] 前引[3],Barton Beebe文。

[7] 参见卢德平:《皮尔士符号学说再评价》,《北方论丛》2002年第4期。

[8] 前引[4],索绪尔书,第66页。

[9] 参见陈宗明:《符号世界》,湖北人民出版社2004年版,第12页以下。

[10] See Pulos, Michael, *A Semiotic Solution to the Propertization Problem of Trademark*, 53 UCLA L. Rev. 833 (2006).

[11] 对此可参阅本文第二、四部分。

[12] J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* 3. 01 [1] (4th ed., 2002). 美国兰哈姆法第45条规定:“商标包括人们用于标示其包括独特的产品在内的商品,使其与他人生产或销售的商品区别开来,并据以表明哪怕是匿名的来源和出处的词语、姓名、记号或图案或者其任何组合。”

也就是说,商标必须标示出产品的出处和该出处的商誉,出处和商誉就是商标的所指。<sup>[13]</sup>以海尔(Haier)商标为例,“海尔”是能指,海尔公司或者其商誉为所指,而对象则是附着了“海尔”标志的冰箱、空调等电器。

为了确保商标的三元结构,各国商标法都做出了一系列规定。首先,有关商标使用的要求强化了能指与对象的联系。各国法律都对企业科以按照交易习惯正确使用商标的义务,即企业必须将商标附着于交易中的商品之上。使用要么是企业获得商标权的前提,要么是继续保有商标的条件,长期不使用则可能导致商标被撤销。其次,商标转让规则强化了能指与所指即企业商誉的联系,对于脱离企业商誉而进行的商标总括转让,商标法不予保护。其原因就在于“商业名称或商标只不过是企业商誉的标记,离开了其所代表的商誉,商标也就失去了其固有的意义。”<sup>[14]</sup>第三,商标许可使用规则也强化了所指即企业商誉与其对象之间的联系。如果商标所有人从事了空授权,即未能对被授权者的商品质量实施一定的控制,法律就视其放弃商标权。<sup>[15]</sup>

### (三) 商标功能性原则

商标法不仅强化商标三要素之间的联系,而且还要求各要素之间必须具有一定的分离性。亦即,商标的三要素必须彼此关联,但又不能完全同一。商标法有关分离性的规定主要体现在非功能性要求中。这就是说,就其功能而言,商标必须独立于商品,亦即商标能指至少不能与对象同一。当然,这并不意味着,商标和商品在空间上必须保持距离。在许多情况下,商标和商品实质上构成一个统一体,只要在功能意义上它们相互独立就已足够。<sup>[16]</sup>这就涉及到商标法上的功能性原则。

所谓功能性原则,实质上是对商标能指的非功能性要求。具体言之,商标附着对象的某些特征,特别是那些对商品用途至关重要或为市场竞争所必需的特征,商标法不予保护,即便消费者已将这些特征视为标示产品来源的能指,也是如此。<sup>[17]</sup>在1994年,美国第三巡回法院就拒绝给予一种塑料种植机的希腊风格外观设计以商标保护,理由是,该设计就是产品本身,与产品之间不存在商标法所要求的辩证关系。<sup>[18]</sup>用符号学术语来说,该案中能指所指涉的就是其自身,而非某种外在的东西。

一般说来,在有关商标功能性的案件中,原告往往主张其产品的实用或美学特征足以向消费者标示产品出处,因而应该作为商标能指受到保护。被告则做如下抗辩:即便在消费者眼里涉讼产品特征足以标示产品来源,但由于其具备功能性,也不宜给予商标保护。长期以来,商标法都通过功能性原则防止能指与对象的融合,其实质就是维护商标所有人竞争者乃至社会公众之间的利益平衡。

应当指出,这里所谓“功能性”只是商标法上的术语,产品的特征可能具备事实上的功能性,亦即就标准的字典含义而言是功能性的,而在法律意义上却并非功能性的,从而可以受到商标保护。例如,虽然芝宝打火机的某些显著特征具有实际用途,但美国商标审查与上诉委员会(TTAB)认为,某个厂家对这些特征的专有并不会限制其他企业进行有效竞争的能力,这样,在商标法意义上,这些特征就是非功能性的。而在另一个案中,TTAB又指出,饮料罐边壁的凹槽设计是增加边壁强度的“一种方法,如果不是最好的一种的话”,因此这种设计具有功能性。不仅如

[13] 参见前引[3], Barton Beebe文。

[14] Marshak v. Green, 746 F. 2d 927, 929 (2d Cir. 1984).

[15] 近年来,各国法律对商标转让和许可使用的限制有所松动,《知识产权协定》第21条就规定:“注册商标所有人有权将商标连同其所属营业一起或单独转让。”尽管如此,法律的底线依然是不能误导或欺骗消费者。我国商标法第39条规定:“受让人应当保证使用该注册商标的商品质量。”第40条规定:“许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。”

[16] 参见金勇军:《知识产权法原理》,中国政法大学出版社2002年版,第169页。

[17] Traffix Devices Inc. v. Mktg. Displays, Inc., 532 U. S. (2001).

[18] Duraco Prods. Inc. v. Joy Plastic Enters., Ltd., 40 F. 3d 1440-41 (3d Cir. 1994).

此,产品的美学特征,诸如舷外发动机的黑色和巴洛克风格餐具设计,也可能具有法律上的功能性,原因就在于授予针对这些特征的专有权将置竞争对手于与声誉无关的不利境地。<sup>[19]</sup>

对于功能性原则,我国学者亦有所关注。黄晖博士指出,在判断某一产品外形是否有资格获得商标保护时,必须兼顾消费者对功能性和显著性的双重需要。一旦出现冲突,只能是两害相权取其轻:鉴于外形的功能性不可替代,而商标保护所需要的显著性却可以通过其他识别手段来补救,对功能性的考量要优位于显著性。<sup>[20]</sup>正是基于上述认识,我国在2001年第二次修订商标法时明确写入了功能性原则,即现行商标法第12条:“以三维标志申请注册商标的,仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商标具有实质性价值的形状,不得注册。”

必须强调,商标能指的功能性并不限于一般意义上的实用功能性,如有助于提高产品质量、降低产品成本,而且还包括美学意义上的功能性,如使产品更加赏心悦目因而也更具吸引力。具备实用功能性的能指,只要达到新颖性、创造性要求,就可以成为发明或实用新型专利权的保护对象;而具有美学功能性的能指,如果符合独创性或新颖性条件,就足以构成外观设计或版权保护的客体。这样的能指如果不具备可专利性或可版权性,或者未申请专利或者已过专利或版权保护期,就应处于公共领域,所有企业都可自由使用,而不能为特定企业专有,自然也就不能作为商标注册或使用。正是基于功能性原则,我们才得以将商标能指与专利权、版权保护的客体区别开来。

#### (四)“商标”一词的歧义性

就符号而言,无论二元还是三元结构,能指在整个符号中都处于首要地位,因而有资格代表整个符号。这样,即便仅仅提到能指,我们也可以使用“符号”一词。这就意味着,“符号”一词具有歧义性。“商标”也是如此,它既可指称整体,又可指代部分,在指称整体时,商标指由有形的能指、体现为出处或商誉的所指以及二者与对象的联系所组成的关系结构。19世纪的美国学者布朗曾经写道:“商标好比人们在商品上的签名。商标标志与商品之间的关系正如电学中的正极与负极,它们在对立中相互依存。”<sup>[21]</sup>麦卡锡教授则指出:“商誉与商标标志之间的关系就好比联体婴,除非死亡不能分离。”<sup>[22]</sup>

不难理解,不管是布朗还是麦卡锡,都是在指称整体的意义上使用“商标”一词。一般说来,在谈到商标权、商标侵权乃至商标显著性时,我们都是在整体的意义上使用商标这个词。在指称部分时,商标则只是指与商誉或产品分离开来的能指。当我们说产品X的商标Y,或讨论可以用作商标的包括词语、图案或形状在内的各种形式,或谈到商标在听觉、视觉和含义方面的相似性,或论及商标的字面含义或功能性时,我们就是在部分亦即能指的意义上使用“商标”这个词。

在实践中,正确认识商标能指与所指和对象之间相互依存的关系具有重要意义。由于在商标三要素中,作为能指的词语或者符号是唯一可以通过感官(视觉或听觉)直接感觉到的,人们常常将能指和作为整体的商标混为一谈。严格说来,商标所有人对能指本身不享有任何权利,对能指本身的权利属于其他法律如版权法的调整范围。事实上,离开了所指和对象,能指本身并不成其为商标,也不足以产生商标权。<sup>[23]</sup>

尽管如此,商标所有人为了扩大其财产权的范围,总是希望将商标权界定为针对能指本身的排他权,进而完全禁止其他企业使用其商标标志,即便这种使用与商标权并无冲突。同时,误将能指当作商标的观念也会导致无谓的商标抢注,这些企业或个人注册商标不是出于标示产品来源的目的,而只是为了圈占那些被选作商标的词语本身,以阻止他人使用。在美国,曾有一家从事法律事

[19] 参见前引[3], Barton Beebe文。

[20] 参见黄晖:《商标法》,法律出版社2004年版,第75页。

[21] William Henry Browne, *A Treatise on the Law of Trademarks*, 130, 1893.

[22] 前引[12], J. Thomas McCarthy书, 18: 2。

[23] 参见前引[3], Barton Beebe文。

务的企业将 Class of 2000 注册为商标, 并进而阻止其他人销售标有该词汇的商品,<sup>[24]</sup> 另一家企业则主张在销售商品时使用 Titanic 这一词语的专有权, 尽管该企业并非这部电影的制片商。<sup>[25]</sup> 在我国, 类似的例子也是屡见不鲜, 最近就有人试图将“央视一套”和著名艺人“爱戴”的名字抢注为避孕套商标, 一位浙江人则意图将尚未在中国注册的几十个世界驰名商标在我国商标局抢注, 然后将注册后的商标转让给其原所有人借以获取利益。之所以会出现上述情形, 固然是由于相关企业或抢注者牟利心切, 而更为重要的, 则是因为现行商标法律制度未能明确区分商标与商标能指。实际上, 商标法保护的是商标标示出处的功能而非商标本身, 亦即, 只有与商品及其出处联系在一起的功能才成其为商标, 并有资格受到商标法的保护。这就意味着, 就商标制度实际的运行机理而言, 单纯的商标注册并不能产生权利。就我国而言, 为了制止商标抢注, 有必要限制商标注册的效力, 适当强化实际使用或使用意图在商标确权过程中的作用。

另一方面, 将商标能指与商标混为一谈也导致了人们对商标和商标权的误解。正是基于这种误解, 一直以来, 在知识产权体系中, 商标仿佛专利与版权的婢女, 扮演着最为卑微的角色。“商标权与其他工商业产权的区别就在于, 后者的保护对象更为重要”, 欧共体法院甚至在一个案例中直言不讳地说, 洗面奶商标 Prep Good Morning 的“发明人”对人类的贡献, 显然不及青霉素的发明人。<sup>[26]</sup> 但问题在于, 商标的价值并不取决于商标标志本身, 而是其所代表的商誉以及标示与区分商品出处的功能。欧共体法院之所以会有此错误认识, 原因很简单, 就是误将商标当作了商标能指。实际上, 能指本身并非商标, 商标的价值大小与能指并无直接关联。以连年排名全球第一的可口可乐商标为例, 这一标志本身微不足道, 但该品牌市值却高达数百亿美元。

#### (五) 商标中介问题

所谓“中介”, 是一个符号学术语, 系指“所指”中介“能指”与“对象”的过程, 旨在解决能指首先指向的是所指还是对象这一问题。实际上, 在中介过程中, 所指在符号内部起着枢纽、铰链一样的作用。就商标而言, 同样存在上述问题, 能指所指涉的究竟是什么? 它首先指涉的是产品出处(所指)还是产品本身(对象)或者是视情况而定的出处或产品? 比较上引布朗和麦卡锡的比喻, 不难发现, 所谓正极和负极针对的是商标能指和对象, 而联体婴的比喻则是就能指与所指而言的。

按照中介理论, 商标能指所标示的是企业商誉以便区分产品, 并通过将商誉与产品联系起来进一步促成上述目的的实现。也就是说, 在商标的三元结构中, 能指所标示和区分的并非是商品而是其来源和出处, 商品来源和出处的确定又可进一步标示和区分商品本身。<sup>[27]</sup> 结合商标市场功能, 或可对此有更深入的理解, 实际上, 无论是商标所有人还是消费者, 他们最关心的都是其所标示的出处, 而不是产品。考察市场交易的实情, 不难证明所指相对于对象的优位性。

在购物过程中, 商品或者对象就在眼前, 商标能否在消费者心目中引发有关出处的联想才是至关重要的。商标法对商标注册的唯一实质性要求就是显著性, 而显著性的本质就是要求商标令消费者产生有关产品出处的联想。事实上, 如果某一商标让消费者首先想到的是一种产品, 则意味着该商标已丧失显著性沦为通用名称, 因而也就不成其为商标, 法律不再保护。在各国商标法律实践中, 这样的例子举不胜举。例如, 在美国强手棋游戏案中, 原告就因为不能证明消费者购买强手棋游戏是出于喜爱原告的产品, 而非仅仅由于喜爱游戏本身, 而最终败诉。<sup>[28]</sup> 阿司匹林也曾经是抗感冒药品的商标, 但最终却由于消费者将其当作产品的通用名称, 而丧失了商标功能, 其原所有人

[24] See *Seeking Riches with "Class of 2000"*, N. Y. Times, Oct. 7, 1998, at B8.

[25] See James Schembari, *Who Owns the Name Titanic?* N. Y. Times, Feb. 11, 1999, at A27.

[26] 转引自黄晖:《驰名商标和著名商标的法律保护》, 法律出版社2001年版, 第3页。

[27] 参见前引[3], Barton Beebe文。

[28] *Anti-Monopoly Inc. v. General Mills Fun Group, Inc.*, 684 F. 2d 1316 (9th Cir. 1982).

不得不另行使用或注册新的商标。〔29〕

## 二、商标显著性的符号学分析

“显著性”这一概念是商标法正常运行的枢纽，其重要性就好比新颖性之于专利、独创性之于作品。〔30〕因此，各国商标法都将显著性作为商标最重要的构成要件。在某种意义上，“什么是商标”与“什么是显著性”只是同一个问题的不同表述。〔31〕尽管如此，最近有人指出：“或许正因为其如此重要，人们迄今从未提出过有关商标显著性的正确理论。传统‘固有显著性’与‘获得显著性’概念带来的困惑多于其解决的问题。”〔32〕因此，下文拟运用符号意义理论对显著性问题做些分析。

### （一）意义理论概述

意义理论是现代西方语言哲学研究的中心议题，所谓“意义”就是索绪尔的所指、皮尔士的解释项。符号意义生成于意指活动，意指是一个过程，“它是将能指与所指结成一体的行为，该行为的产物便是符号。”〔33〕意指过程既是符号的生成过程，也是符号意义的生成过程。而支撑意指关系的基础则是理据（Motivation）。意义既可以正向地生成乃至增长，也可以反向地变异、消亡，不仅如此，在一定理据的作用下，意义还可以再生。有学者将意义变化的过程形象地称之为意义的生命历程。〔34〕

符号作为指称者，具有指称客体的功能性价值。当人们运用某种符号来指称作为客体的某种事物、事件或现象时，就意味着它携带着、包含着关于该客体的信息内容，因而具有反映该客体的意义。符号通过意义的中介而指称、标示外部实在的客体了。因此，只要我们了解符号所包含的意义，当我们受到某种意义符号的刺激时，就会立即想到它所指称、标示的对象并做出某种反应。〔35〕这样，我们就可以主动使用某种意义符号，以便让受到这种符号刺激的人立即想到某种事物或事件并做出我们预期的反应，成语望梅止渴、谈虎色变所描述的就是这种现象。在文明社会的交往、交流中，这种现象已属司空见惯。

上述情形同样适用于商标，因为商标实际上也是企业与消费者交流的媒介。企业通过广告和产品质量赋予商标以意义，竭力“向潜在消费者灌输其商品的可人之处”，〔36〕而消费者在看到或听到某个商标特别是驰名商标时，往往会产生丰富联想，包括过去的消费经验、广告的内容与图景以及人们对该品牌的评价等，在这些积极联想的作用下，消费者自然会产生购买冲动。当然，商标也可能带给消费者负面的意义，在这种情况下，消费者则会尽量避免购买该品牌的产品。

尽管如此，符号同意义、同它所指称的客体之间的关系，并不是一种自然的联系，更不具有自然物理性质上的同一性。意义与符号亦即所指与能指之间的关系具有任意性。也就是说，符号的意义不过是人类文化的产物，同一个符号在不同的文化中意义可能截然不同，而同一个意义，在不同的文化共同体中也完全可能由不同的符号所承载。

符号不但具有任意性，而且还具有理据性。前者是符号的自然属性，后者则针对人们在选择语

〔29〕 参见李明德：《美国知识产权法》，法律出版社2003年版，第287页。

〔30〕 参见〔美〕米勒、戴维斯：《知识产权法》，法律出版社2004年英文版，第164页。

〔31〕 参见彭学龙：《商标显著性新探》，《法律科学》2006年第2期。

〔32〕 前引〔3〕，Barton Beebe文。

〔33〕 〔法〕巴尔特：《符号学原理》，王东亮等译，三联书店1999年版，第39页。

〔34〕 参见黄华新、徐慈华：《论意义的“生命”历程》，《哲学研究》2004年第1期。

〔35〕 参见夏甄陶：《关于认识的语言符号中介》，《哲学研究》1994年第6期。

〔36〕 Frankfurter, J., in *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg Co. v. S. S. Kresge Co.*, 316 U. S. 203, 205 (1942).

言符号时的理性思维而言。“理据是意指关系的基础，也是意义生成的内在动因。”<sup>[37]</sup>在既有的文化背景下，理据则是人们选择符号时的思想动机。拿商标来说，法律保护的是商标所代表的商誉。有人甚至认为，“企业的商誉只是碰巧由某个标志来代表”，<sup>[38]</sup>因此，有价值的是商誉，商标本身并不重要。根据符号的任意性原理，所有这些都再自然不过了。但在现实生活中，企业往往为商标的设计和选择煞费苦心，一旦有人侵权，商标所有人又会像爱护自己的眼睛一样采取各种手段竭力加以维护。

由此可见，在现有的文化背景下，包括字母、文字、线条、颜色在内的各种符号构成要素都携带着意义，纯属臆造、不会让人产生任何联想的符号根本就不存在。既然各种符号天生就携带着意义，这些意义有正面的、积极的，有反面的、消极的，企业自然会在法律允许的范围内尽量选择那些能让消费者产生美好联想、能带给消费者正面暗示的标志。或者，退一步说，即便商标代表商誉纯属碰巧，也就是说企业只是随意或无心地选定某一个标志作商标，在企业付出大量营销成本完成商标的符号化过程，也就是使得企业商誉与该标志结合在一起后，再行更换也要付出巨大的代价。由此不难理解，不但商标的选择是有理据的，而且商标的意指或符号化过程也是在理据的推动下完成的。商标选择的理据在于各种标志现有的含义，商标意指或符号化的理据则是企业包括生产、销售、管理、广告在内的全方位营销活动。

## （二）商标显著性与意义

所谓显著性是指商标标示产品出处并使之区别于其他同类产品的属性，其中标示（出处）与区分或区别（出处）是一枚硬币的两面。<sup>[39]</sup>毋庸置疑，显著性是商标法针对商标所指或者意义所做出的要求。那么，显著性与商标的意义之间究竟存在怎样的关系呢？二者可否划等号呢？对此，美国学者曾有精辟论述：“商标的所指不能仅仅满足于包含任何意义，它必须具有标示出处的含义。”<sup>[40]</sup>可见，商标的意义不限于显著性，显著性只是商标意义的部分内容。

纵观历史，商标显著性与意义之间的关系并非一成不变。在商标法制发展的初期，商标的功能仅限于标示产品出处，借以维持交易正常进行所必需的信誉机制。商标的意义与商标的显著性无疑是相互重合的。但在当今社会，商标特别是驰名商标的意义早已不限于标示产品出处，企业营销活动和铺天盖地的广告给商标赋予了丰富的含义。“如果我们把产品当作物来消费，那么，通过广告我们消费它的意义。”<sup>[41]</sup>这种意义的载体主要是商标。在这样的背景下，商标的意义就比显著性要宽泛得多。析言之，商标的意义包含了消费者对于商标的所有联想，包括产品类别、厂家、产品质量、产品特点、使用价值和生产地等，而显著性则依然限于有关出处或商誉的联想。

值得注意的是，商标法对商标意义的保护范围也在不断拓展。起初商标法只保护商标意义中有关产品出处或商誉的联想，也就是显著性，而如今的商标法则开始保护显著性以外的商标意义，最典型的例子莫过于反丑化（Tarnishment）保护，其目的就在于制止他人的使用破坏消费者对驰名商标的正面联想。例如，将世界著名的C. D. 香水商标用于厕所清洗剂上，就属于丑化之列，必然损害该品牌高雅的品位。

尽管如此，显著性在商标的意义中仍然处于核心地位，可以说，商标的所有意义都建立在显著性的基础上，失去了显著性，商标即便依然保有一定的意义，也会变得模糊不清。另一方面，商标意义的强化和丰富也有助于显著性的获得与加强，使得商标能够引起更多消费者的注意力。例如，

[37] 前引 [34]，黄华新等文。

[38] Wendy J. Gordon, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 Yale L. J. 1588 (1993).

[39] 相关的详细分析，参见前引 [31]，彭学龙文。

[40] 前引 [3]，Barton Beebe 文。

[41] 肖显静：《消费主义文化的符号学解读》，《人文杂志》2004年第1期。

一谈起索尼,展现在人们脑海里的便是一种视听新境界;一提到微软,人们会立即想到现代化办公;而一提到麦当劳,凸显的则是金黄色的M形标志和红白相间的麦当劳大叔,以及那种拥有“清洁、方便、快速、美味、家庭氛围”的消费文化。<sup>[42]</sup>这些驰名商标无不蕴涵着丰富的意义,同时也具有很高的显著性。

可见,虽然商标的意义已不限于显著性,但显著性在商标所有意义中仍处于中心位置。显著性是商标获取和彰显意义的基础,商标意义的丰富又会使得显著性更加凸显。这就意味着,我们完全可以运用意义理论对商标显著性的生成、强化、退化乃至丧失等现象做出合理的解释,并对传统固有显著性与获得显著性二分理论做出评析。

### (三) 固有显著性与获得显著性的符号学解释

固有显著性与获得显著性是传统理论对商标显著性最基本的分类,而按照宜于获得商标保护的适格程度,各种标志又可进一步细分为五种类型:通用名称、描述性词汇、暗示性词汇、随意词汇和臆造词汇。<sup>[43]</sup>其中,暗示性、随意和臆造词汇均具备固有显著性,而描述性词汇和通用名称则由于与所标示商品之间过强的关联,不具备固有显著性。

那么,什么是具备固有显著性呢?根据传统理论和司法实践,具备固有显著性是指商标标志不能被合理地理解为是对其所附着产品的描述或装饰,消费者会自动将这种标志视为产品出处的表征,因而可以直接注册为商标,如海尔冰箱、苹果电脑和健力宝饮料就分别属于臆造、随意和暗示商标;而对产品的性质、产地、成分等进行直接描述或者可被合理地视为产品装饰的标志则不具备固有显著性,不得注册为商标。<sup>[44]</sup>其中,描述性或装饰性标志如果经过长期使用被消费者认可,产生了标示产品出处的第二含义或者次要含义,则获得了商标法所要求的显著性,即获得显著性,传统理论又称之为“显著性的拟制”。<sup>[45]</sup>这类商标的实例有五粮液(白酒)、两面针(牙膏)和青岛(啤酒)。

事实上,“从现代语言学的视角来看,任何含义对于词语而言都不可能是‘固有的’,词语的意义只能是社会交往的产物。”<sup>[46]</sup>商标作为一种商品语言也不例外。没有天生的商标,即便是具备固有显著性的标志在注册或使用之初,也不可能立即自动被消费者认同为商标。商标的显著性只有通过商品行销于市或凭借广告宣传等手段才能真正获得,用符号学术语来说,市场营销是商标获得显著性——其实质就是商标作为符号之意义的一部分的理据。从这个意义上讲,商标不可能天生就具备显著性,显著性只能后天获得。

同时,必须注意到,固有显著性只是从否定或者消极方面描述了标志与其标示对象之间的关系。从逻辑上讲,下定义不能采取否定的方式。事实上,某一标志与特定商品或服务之间没有关联或者关联较弱,并非该标志发挥标示与区分作用的充分条件,甚至连必要条件也不是,因为本不具备固有显著性的描述性词汇在获得“第二含义”后也可以发挥标示与区别的作用。因此,所谓固有显著性至多属于商标获得显著性的有利条件,获得显著性才是真正的显著性,而不是什么拟制,对商标强度起决定作用的正是获得显著性。

### (四) 对传统理论与实践的反思

必须指出,虽然传统理论对于商标显著性的理解存在偏差,但固有显著性与获得显著性这两个主要概念仍然有其可取之处。对于商标注册而言,固有显著性不失为一种便于操作的判断标准,原因有二:其一,具备固有显著性的标志尽管在注册之初并不具备真正的显著性,但只要注册者使用

[42] 参见白山编:《打造品牌》,经济管理出版社2004年版,第25页。

[43] See *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.*, 537 F. 2d 4 (2d Cir. 1976).

[44] 参见前引[3], Barton Beebe文。

[45] 参见吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社2004年版,第231页。

[46] Megan Richardson, *Trade Marks and Language*, *Sydney Law Review*, 2004 Vol. 26.



管理得当，这类标志很快就可以获得显著性；其二，这类标志既非商品通用名称，又不是对产品性能、原料或产地的说明，其被注册者独占不会损害竞争企业的利益，也不会误导消费者。同时，传统理论也认识到，显著性既可以获得，又可能丧失，并注意到了市场或者消费者心理认知在商标显著性认定中的决定作用。<sup>[47]</sup> 尽管如此，在辨明显著性、固有显著性和获得显著性的含义之后，还是有必要对传统理论与实践做进一步的反思。

首先，所谓固有显著性主要针对能指与对象之间的关系，其实质就是要求二者不能有直接或过强的关联性，而获得显著性则意味着商标获得了标示特定出处的含义，在商标三元结构中直接指向能指与所指之间的关系。可见，不管是固有显著性还是获得显著性，对能指本身几乎都没有任何实质性要求。但传统理论并未明确认识到这一点，往往过于强调商标标志本身，所得结论难免偏颇，对商标法律实践多有误导。我国统编教材中不乏类似论断，如认为商标标志应当“标新立异、立意新颖、选材独特……这样的标记最能显示出和其他商标的不同，因而最具有显著性。”<sup>[48]</sup> “认定商标的显著特征，关键在于把握商标的独特性。”<sup>[49]</sup> 国际上负有盛名的机构也曾在类似理论的指导下做出错误的裁定，如欧盟商标注册机构就曾以相关标志“缺乏创造性”、“未体现想象力”或者“平淡无奇”为由驳回注册申请。<sup>[50]</sup> 事实上，商标是否适格并不取决于创造性和想象力。

其次，固有显著性与获得显著性的划分反映了传统理论对固有显著性的偏爱，即认为具备固有显著性的商标优于经过使用才获得显著性的商标，商标法对前者的保护程度也应高于后者，比如描述性标志，即便获得了消费者的认可，其享有的保护也应低于随意商标和臆造商标。<sup>[51]</sup> 事实上，这一论断与商标保护的实践明显脱节。可口可乐、微软、通用电气和麦当劳等商标都具有某种描述性，却连年位居全球十大品牌之列，<sup>[52]</sup> 而一向被视为臆造商标之典范的柯达尽管也属于驰名商标，却多年无缘十强。更不用说，在商标保护的历史上，绝大多数具备固有显著性的商标都默默无闻，甚至最终淹没于市场优胜劣汰的浪潮中。

第三，传统理论按照显著性强弱对商标所做的五类划分进一步表明，在同属固有显著性的商标中，臆造商标优于随意商标，而随意商标又优于暗示商标，这就鼓励企业选择商标时创设新词，但商标实际的优劣却并不完全取决于上述划分。在现实中，不管是臆造商标、随意商标还是暗示商标，都是享有盛誉者少，寂寂无名者众。可见，五分法的实际意义并不如人们预期的大，它不仅无力指导企业正确选用商标，甚至有可能误导商标设计者和管理者。

第四，获得显著性才是真正的显著性，在商标设计、管理与保护的实践中，与获得显著性相比，固有显著性总是处于一种附随地位。对此，美国《不正当竞争法第三次重述》写道：“固有显著性的高低对商标强度而言并非决定性的，商标强度最终还是取决于潜在消费者将该标志与特定出处联系的程度。”其司法意见也表现出类似倾向：“尽管从技术上讲，JBJ 是一个强商标，但在商业实践中，它却不过是一个弱商标，这是由于消费者实际上几乎没有意识到这一商标”，“有关某一商标具备固有显著性的裁决并不能保证该商标是一个强商标，因为固有显著性并不能保证该商标在市场上具有很强的显著性。”<sup>[53]</sup> 这些表述或论断无不表明，对于商标实际所具备的显著性，也就是获得显著性而言，固有显著性的影响微乎其微。

[47] 相关的详细分析，请参见前引 [31]，彭学龙文。

[48] 吴汉东等：《知识产权基本问题研究》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 529 页。

[49] 吴汉东主编：《知识产权法学》，北京大学出版社 2005 年版，第 258 页。

[50] See Jeremy Phillips, *Trade Mark Law: A Practical Anatomy*, Oxford University Press, 2003. p. 93.

[51] See *TCPIP Holding Co. v. Haar Communications, Inc.*, 244 F. 3d 88, 101 (2d Cir. 2001).

[52] “可口可乐”涉及到这种饮料中的原料、“微软”包含了软件这种产品名称中的“软”、“通用电气”本属通用名称，而“麦当劳”则是姓氏，按照传统理论，它们都不属于商标中的上选。

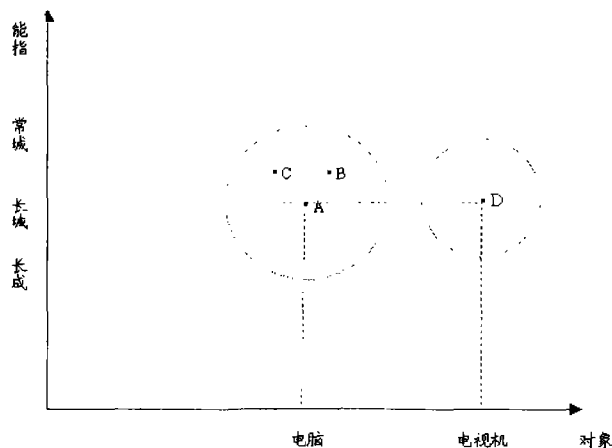
[53] 前引 [3]，Barton Beebe 文。

最后,应摒弃静态的商标显著性观念,在动态中把握商标显著性。商标作为符号的一种,其意义(显著性)并非固定不变,而是应着市场的节拍处于永恒的变幻之中。诚如霍姆斯法官所云:“语词并非透明凝固的晶体,而是生生不息的思想之外表,随着语境的变化和时间的推移而不断变换颜色与内容。”<sup>[54]</sup> 商标既然可以在市场中获得第二含义,第二含义可以最终超越其本来含义从而使商标获得显著性,反之,第二含义也可能逐渐弱化乃至被其他含义覆盖,导致商标显著性的丧失。易言之,商标显著性既可能因时间而获得和增长,也可能随着时间的推移而逐渐退化或丧失,所有这些变化最终都取决于消费大众对于商标的心理认知。

### 三、商标权的范围:专用权、禁止权和商标侵权的符号学解释

尽管商标属于三元结构,但在谈到商标时,我们总是说产品X的商标Y,其中,X即对象,Y则是能指。表面看来,上述说法省略了第三个变量Z即产品出处,而实际上,第三个变量往往决定于“产品”和“标志”变量。按照美国学者构筑的二维空间模型,任何一个商标都属于由能指和对象构成的二维空间中的一点,可以表示为 $Z=f(X, Y)$ 这一函数。<sup>[55]</sup> 在商标侵权的认定过程中,所要解决的就是这样一个问题,在后商标(X2, Y2)所决定的Z2是否与在先商标(X1, Y1)所决定的Z1足够靠近,以至有可能让一般消费者混淆二者所代表的出处。

具体说来,在这样一个二维空间中,能指坐标轴是由各种标记构成的符号场,包含实际存在或假想的与某一给定能指在音、形、义方面相似的能指,如“长城”、“长成”、“常城”、“常成”、“常诚”和“长诚”等。同样,对象坐标轴则由一系列具有某些共同特征、可能使消费者合理地认为它们源于同一企业的相关产品组成。例如,电脑、电视机、录像机、MP4就可以构成对象维度的一部分。因此,如下图所示,“长城牌电脑”和“长城牌电视机”就分别属于二维产品特征空间中的两点A和D,前者为(电脑,长城),后者位于(电视机,长城)。



二维空间中两点的距离具有重要意义:首先,距离代表两个商标之间的差异,距离越大,两个商标越能相安无事。其次,距离可用于考量消费者混淆的可能性。两点靠得越近,有可能混淆的消费者越多,或者说,消费者混淆的可能性越大。这样,为了防止消费者混淆,商标所有人享有的排他权就不能局限于特征空间中的一点。否则,竞争者可以无限逼近该点,出现如(钢笔,长城)、(电脑,长诚)或(电视机,常成)之类的商标,造成相当部分的消费者混淆产品出处。因此,排

[54] 转引自曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第131页。

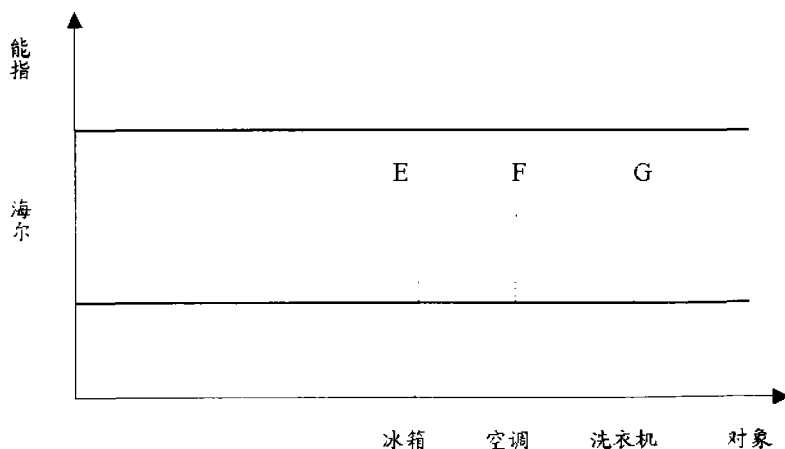
[55] 参见前引[3], Barton Beebe文。

他权的范围通常会覆盖以商标所对应的点为中心的一定区域，在这一区域内，法律禁止竞争者进入。换言之，对商标所有人来说，这一区域代表了其权利范围的大小，而对于竞争企业而言，则意味着法律划出的“禁飞区”。

在上图中，A和D两点周围以虚线标出的圆圈就代表了两个商标的保护范围，如果他人选择的商标落在圆圈之内，就有可能导致消费者混淆，如图中的B、C两点。此时，在先商标所有人可以起诉在后商标所有人侵权或者阻止其注册。在实践中，并非每一个商标都拥有相同大小的外围圆圈，商标显著性、知名度以及相关市场的情况都会对圆圈大小产生影响。不仅如此，实际存在的商标外圆即保护范围也不可能如图示的那般规整和清晰，如果要描画出来，也应该是凹凸不平、模糊不清的。这就意味着，出现在边界处的商标既可能被认定为侵权，也可能侥幸得以豁免。在实践中，大部分商标纠纷都出现在边界附近，原被告就这一边界大小的分歧是案件争论的焦点，而不同法庭、不同法官在边界认定上也不可能完全一致。正因为如此，商标案件的判决结果往往具有相当的不确定性。

结合我国商标法的相关条款，可以更好地理解上述结论。其第51条规定：“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。”这就意味着，商标专用权所对应的就是图中的A点或D点。而根据商标法第52条，商标禁止权的范围则包括“在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标”。如果将这一范围图示在坐标系中，所得到的就是以A或D为圆心的圆圈。其中，只有圆心是确定的，圆的半径和边界只能依个案而定。

当然，上述论断是针对一般商标而言的。对驰名商标来说，商标专用权的范围固然还是坐标中的某一点，禁止权的边界则不再限于圆圈所限定的狭小范围，而是扩大到与所标示商品并不同类的商品，亦即覆盖了整个横坐标，这就是驰名商标所享受的跨类保护，也就是基于反淡化而确定的保护范围，如下图所示。以海尔商标为例，其禁止权就囊括了夹在图中两条粗实线之间的范围，也就是说，其他企业只要使用了与海尔商标相同或相近似的商标，无论其所标示的商品或服务种类，海尔公司都有权制止。必须说明的是，随着品牌延伸日益盛行，绝大多数驰名商标所标示的商品或服务都不再限于一种或几种，因此，其专用权在坐标系中就必然对应于多个点，如E、F、G三点。



#### 四、晚近商标结构的二元化

最近几十年来，商标所有人日益重视商标的符号价值，并最终促成了商标的商品化，商标变成独立的产品，对象逐渐消失，或者已不再重要。与此同时，由于品牌延伸日益盛行，某些驰名商标所标示的商品已不再局限于特定的种类，而是达到无所不包的程度，在这种情况下，再谈对象已失

去意义,这就是所谓的泛化现象。不仅如此,商标能指的范围日趋宽泛,以至囊括了“能作为意义载体的任何东西”。<sup>[56]</sup> 商标保护的触须已延伸到各种产品特征,能指逐渐与对象融为一体。凡此种种,终于促成了商标结构的二元化。以下论述虽主要基于国外案例,但类似现象在我国同样存在,理论界应给予充分关注。

### (一) 商品化权与商标的商品化

在一组被称为“标章案”的早期促销案中,美国联邦法院开始正视商标结构的二元化现象。其中,波士顿曲棍球联盟案最为引人注目。<sup>[57]</sup> 该案事实很简单:被告达拉斯公司未经授权制作和销售制成标章形式的美国曲棍球联盟的队标。波士顿布仑熊和其他球队诉其商标侵权并胜诉。在该案中,被告只不过是直接制作和销售商标本身,用符号学术语来说,就是能指—所指组合。法院指出:“本案的难点就在于,被告并未将商标复制件附着在任何商品或者服务之上,而是直接将其出售。而商标成文法和判例法一向都只关注利用这类标志销售商品的行为而非商标本身。”

为了解决商标对象缺位的问题,法院指出,被告是在制作和销售衣服标志,也就是说,这些标志就是被告销售的产品。实际上,被告是在利用原告的队标销售商品,正如被告直接将原告队标绣在编织帽上一样。体育爱好者会因为被告的标志上绣有原告队标而在当地体育用品商店购买。如果被告的标志采用其他图样,这种标志可以用作衣服饰物的特点并不会改变,但对顾客来讲,其标志就不再具有商标的作用。

实际上,被告销售的产品并不是商标标志,而是一种用作装饰的编织物。但被告未经许可在其销售的编织物即对象上配上了原告的队标即能指,这样就将其编织物与原告的声音即所指联系起来。尽管如此,在波士顿曲棍球案中,传统的商标三元结构解释还是难以为继。被告的编织物并非消费者所需要的产品,也不是其他任何类型的具有实质意义的消费对象。被告所销售的其实就是原告的能指——声誉,也就是原告被商品化为所指形式的对销售的促进作用。在这种结构中,如果非要寻找一种具有实质意义的对象的话,那只能是消费者自己。也就是说,在本案中,消费者成了商标据以附载并传递信息的商品。<sup>[58]</sup>

如果用今天的眼光来审视这一案件,应该说,它并非严格的商标侵权案,毋宁说案件的争点是波士顿曲棍球案对其队标拥有的商品化权。从经济学的角度而言,商品化权类似于商标权,两者都涉及到用于辨别和促销某种产品的信息的财产权。<sup>[59]</sup> 而依照符号学的解释,商品化权的客体天生就是一种二元结构,能指往往表现为知名人物或虚构角色的形象、著名球队或大学、团体的标识,甚至可以是驰名商标的标志,所指或者意义则是人们赋予相关形象或标志的美好联想。商品化的实质就是利用消费者爱屋及乌的心理推销产品。就波士顿曲棍球案而言,原告队标商品化权的价值就在于,体育爱好者会因为喜爱队标而购买附有该标志的体育用品乃至其他商品,被告未经许可使用该队标销售饰物侵犯了原告的商品化权。

正是上述有关商品化权的纠纷促使美国法院逐渐开始认可商标二元结构。在上世纪90年代的一个案例中,美国法院指出,商标已经跳出出处标示者的传统角色,在某些场合其自身已成功地变成商品。<sup>[60]</sup> 在这种情况下,对象已不复存在,虽然从表面上看,消费者依然是在通过商标获知对象的出处。对象的缺位摧毁了传统的商标三元结构,使得所指与对象融而为一,商标的商誉被商品化,作为产品出售。

[56] *Qualitex Co. v. Jacobson Prods. Co.*, 514 U. S. 159, 162 (1995).

[57] *Boston Prof'l Hockey Ass'n, Inc. v. Dallas Cap & Emblem Mfg., Inc.*, 510 F. 2d 1004 (5th Cir. 1975).

[58] 参见前引 [3], Barton Beebe 文。

[59] 参见波斯纳:《法律的经济分析》,蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第53页。

[60] See *Plasticolor Molded Prods. Inc. v. Ford Motor Co.*, 713 F. Supp. 1329, 1332 (C. D. Cal. 1989), vacated 767 F. Supp. 1036 (C. D. Cal. 1991).

## (二) 品牌延伸与商标泛化

对于商标和品牌营销而言, 1988年无疑具有里程碑意义, 在这一年, 美国莫里斯公司以129亿美元收购了卡夫公司, 收购价是卡夫公司帐面资产的4倍, 究其原因就在于, 莫里斯公司真正的兴趣乃是“卡夫”这个品牌。紧随其后又发生了一系列重大商标收购事件, 以至美国经济学家杂志称1988年为品牌年。此后, 各国企业越来越重视品牌营销, 品牌成为可以列入资产负债表的重要资产。同时, 为了最大限度地开发利用现有品牌的价值, 许多公司都致力于品牌延伸, 商标所附着产品的范围日益宽泛, 新商品与商标最初所附着之商品就种类而言相去甚远。企业之所以热衷于品牌延伸, 主要是出于节省投资、降低风险的目的, “不需花一文钱的广告费, 老品牌就可以利用消费者业已形成的美好联想包装和渲染新产品。”<sup>[61]</sup>

在今天的市场上, 绝大多数新产品使用的都是老品牌, 品牌延伸已经成为公司战略的重要组成部分。结果产品退居幕后, 品牌走向前台, 环绕着品牌的无形神话得到强化。例如, 依云(EVIAN)本来是法国矿泉水品牌, 但通过诱人的图景和商务标语“新的一天, 健康的一天”, 依云不仅使其与优良品质相联系, 而且让人联想到源于运动的满足感。这样, 依云就被渲染成有关完美运动的神话, 它不仅让人想到依云牌矿泉水, 而且还会产生依云运动衣或矿泉水度假场的联想。如今的依云完全可以走到前台, 而根本不管其所标示的产品。“如果某个市场可以界定为特定产品的市场, 而且该市场的神话结构可以为人们了解, 则将广告局限于特定产品似乎是一种浪费。”<sup>[62]</sup>

事实上, 依云公司目前正在从事品牌经营, 销售附有依云商标的衬衫、帽子和其他促销商品。这样一来, 消费者无需购买著名品牌所附着的核心商品, 就可以向公众彰显该品牌所代表的身份。结果, 在当今世界, 几乎所有驰名商标都具备了独立于所标示商品的价值, 商标本身也变成了一种商品。“在我们的文化中, 商标正在发挥最初根本意想不到的作用。”<sup>[63]</sup>

不过, 就依云商标而言, 其核心产品依然是矿泉水, 衬衫、帽子等不过是促销商品, 主要目的还在于强化依云商标与矿泉水之间的联系, 因此, 依云公司的做法还算不上真正的品牌延伸。典型的品牌延伸就是借用老品牌推销新产品, 当然, 这种延伸也不能任意而为。在延伸之前, 商标所有人必须弄清其品牌的积极属性并确信这种属性能够传递给拟延伸产品的消费群体, 即将具有特定风格、能产生特定联想的著名商标用于最适合这种风格和联想的商品或服务。例如, 沃尔沃汽车品牌会让人产生安全的联想, 该品牌可以成功延伸到锁具、保险柜、登山器械和安全服务等产品。<sup>[64]</sup>

一般来说, 品牌延伸往往具有共同的特点, 即割断品牌与其所指涉产品之间的联系。对现代商人来说, 品牌与产品之间的联系给市场营销带来太多的限制。正如著名品牌专家艾克教授所述: “像舒洁(Kleenex)这样的品牌与特定产品即面巾纸之间的联系是如此密切, 以至降低了其延伸到其他产品的能力。”<sup>[65]</sup> 相比之下, 康塔迪娜(Contadina, “意大利农妇”之意)与意大利或意大利人之间只存在泛泛的联系, 因而也就更为灵活, 也就是说, 建立在无形的联想或品牌个性基础上的品牌认同使得该品牌的延伸范围更为宽泛。结果, 一些驰名商标逐渐演变为一般的出处标示, 根本不指向任何产品。例如, 维珍(Virgin)品牌所附着的对象就从航空服务、果冻到果酱和新婚商店, 不一而足。如今, 仅仅提及“维珍”一词, 除了该词的字面含义“处女”和维珍公司创始人布兰森爵士之外, 不会引起消费者任何联想。这就必然导致泛化现象, 使品牌最终成为某个公司或人格的代表, 不再指向任何特定产品, “在并不遥远的过去, 大多数品牌都只是代表具体产品或服务

[61] Brand - Stretching Can Be Fun - And Dangerous, The Economist, May 5, 1990, at 77.

[62] Sara Stadler Nelson, *The Wages of Ubiquity in Trademark Law*, 88 Iowa L. Rev. 731 (2003).

[63] Alex Kozinski, *Trademarks Unplugged*, 68 N. Y. U. L. Rev. 960, 977 (1993).

[64] 前引[50], Jeremy Phillips书, 第644页。

[65] David A. Aaker, *Building Strong Brands*, Free Press, 1996, p. 254.

的单一标记,如今的情形却已是天壤之别。”〔66〕

### (三) 能指与对象的融合

在符号世界与非符号世界之间并不存在截然的分界线,只要跨越某个临界点,物体就不再作为纯功能性的存在,而开始具有指代、意义功能。法国符号学家巴尔特早就指出,通过一个不可避免的语义化过程,即便最为平淡无奇的实用性物体也会跨过这一临界点而充盈着意义。实际上,一旦出现了社会,所有的用法、习惯都会转化成符号本身。换句话说,符号临界点的要求很低。对于批量生产的商品而言,这一点更是千真万确,因为这种批量生产不可避免地是按照某一模型制作的,属于语言的言语。要想重新找到不含任何意指的客体,人们只能假想出绝对即兴制作的器皿,与任何现存的模型都没有任何相似性。〔67〕

正是凭借批量生产的上述特点,商标法学者才提出了匿名出处理论。即便消费者不能确定某个商标所具体标示的工厂或公司,消费者也能够推想,该商标所标示的是同一出处,这种匿名出处也应当受到商标法的保护。同时,消费者据以识别匿名出处的方式并不局限于传统的词语或图形标志。就批量生产的商品而言,消费者也可以通过产品的特征判定其出处。巴尔特所谓“符号临界点的要求很低”这一结论同样可以转换适用于商品系统,产品特征获得第二含义亦即显著性,达到足以标示产品出处的程度,也只是一种很低的要求。商标法剩下的工作就是致力于对那些既能标示产品出处又具有某种美学或实际用途的特征所受到的保护进行限制。这就是上文论及的功能性原则。

尽管有功能性原则的限制,但企业总是试图开发出其哪怕是最具实用性的产品所内在的符号潜力,它们通过推动显著性的最低要求使其尽可能接近符号临界点来达到目的,希望源于同一条生产线的产品的任何类似特征都可以解释为能标示产品出处的特征。而国外法院在一些案例中已经承认,产品商业外观甚至产品本身的形状都可以受到商标保护。最典型的案例莫过于传统的可口可乐饮料瓶,对于许多消费者来说,这种饮料瓶已明显具有标示产品出处的作用。〔68〕1992年,在审理一家墨西哥风味快餐店外观商标保护案时,美国联邦最高法院最终判决,快餐店外观不仅可以保护,而且具备固有显著性,可以注册为商标,即便不注册也可以受到商标法的保护。〔69〕

20世纪中叶以来,美国公司已成功获取了针对下列客体的商标权:绘画的艺术风格、高尔夫球场的设计、水龙头手柄的形状、棒棒糖的钻石外形和搅拌器的形状,在个别案例中,原告甚至成功地将其曾经获得专利保护的产品特征作为产品外形受到商标保护。〔70〕这似乎正应了美国学者60年前的预言:“在一个物欲横流的社会,获取垄断优势的驱动力已经演变成一种强大的压力。如果不加制止,人们会就车轮申请专利、就字母表请求版权保护,将太阳和月亮注册为专有的商标,这一点毋庸置疑。”〔71〕商标保护的扩张趋势在一定程度上促成了商标能指与对象的融合乃至同一,导致了商标结构的二元化。

## 结 语

在《法哲学原理》一书中,黑格尔曾专门探讨法律与自然规律之间的关系,指出“自然规律简单明了,照它们原来那样就是有效的”。“法律是被设定的东西,源出于人类。在被设定的东西和内心呼声之间必然会发生冲突”,人“固然要服从外部权威的必然性和支配,但这与他服从自然界的

〔66〕 前引〔65〕, Aaker书,第240页。

〔67〕 参见前引〔3〕, Barton Beebe文。并参见赵毅衡:《符号学文学论文集》,百花文艺出版社2004年版,第285页。

〔68〕 在我国也不乏类似案例,如酒鬼酒的瓶子就已注册为商标。

〔69〕 See *Two Pesos Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U. S. 763, 770 (1992).

〔70〕 See Mark A. Lemley, *The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense*, 108 Yale L. J. 1687.

〔71〕 Ralph S. Brown, Jr., *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, 57 Yale L. J. 1165 (1948).

必然性截然不同，因为他的内心经常告诉他，事物应该是怎么一个样儿……在自在自为地存在的法和人性所认为的法的这种对立中，包含一种需要，对法加以彻底的认识。”<sup>[72]</sup>这说明，人们制定的法律并不必然符合自然规律，在“自在自为地存在的法”（自然法）和“人性所认为的法”（制定法）之间往往存在冲突或对立。只有“对法加以彻底的认识”，才可能制定出符合自然规律的良法。

就商标而言，符号学原理和规则就好比自然规律，是“自在自为地存在的法”，各国商标法乃至国际公约则属于实定法，“是被设定的东西”。符号规则是第一性的，“照它们原来那样就是有效的”，商标法是第二性的，当然不能背离符号规则。尽管如此，二者之间并非简单的决定与被决定关系，从符号学原理上升到商标法，还需经历立法技术上的权衡取舍，这就必然牵涉到符号规则、法律原则、经济学原理乃至政策评估之间的综合考量。总的说来，商标法固然不能违背第一性的符号规则，但也不能原封不动地照搬照套符号学原理。法律的实践性品格要求商标法必须具备可操作性，以确保立法者预设目标的实现。

本文运用符号学原理阐释商标法的基本规则和重要概念，研究范围覆盖商标结构及其演变、商标显著性、功能性、商标专用权和禁止权的实质、商标侵权的本质，初步展示了符号学分析这一研究方法在商标法学领域的穿透力。实际上，符号学分析不仅适用于商标法，在版权法、专利法和其他知识产权法乃至整个法学领域都应当有很大的应用空间。就此而言，本文只是初步的尝试，意在唤起学界同人对符号学这一研究方法的共同关注。

---

**Abstract:** Semiotics is a study that focuses on signs and rules of signification, the essence of which is a methodology across the whole field of social sciences. Because the object itself of trademark law is a kind of sign, the trademark law is an important field of law in a society of market economy as well as a kind of semiotic rule. Therefore, in the area of the trademark research, semiotics is not only a kind of methodology, but also relates to ontological issues. Through the semiotic analysis of the basic categories of trademark law, we could grasp the essence of trademark, trademark right and trademark infringement directly and reasonably, mastering the operation of trademark system precisely.

**Key words:** trademark Law, basic categories, semiotic analysis

---

[72] [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆1961年版，序言第14页。