

# 商标法法律事实确定的语境论方法

王太平\*

**内容提要：**商标权客体的符号属性决定了商标法法律事实进而商标法具有源于符号意义的特殊不确定性。语境具有确定商标符号意义的功能，提高商标法的确定性必须运用以语境为核心的语境论方法。语境论方法是动态的、有机的，不同于静态的、机械的现有商标法符号学分析，它的自觉运用能够更全面彻底地消除商标法法律事实的不确定性，最终提高商标法的确定性。语境的性质、内容和基本要求是语境论方法的核心内容。语境论方法中的语境不是纯粹的客观物理语境，而是结合了消费者心理构造的认知语境，可以分为商品语境与非商品语境。语境论方法中的语境必须是客观的、相关的、普通的、全面的、整体的。运用语境论方法需要经过设定商标法问题、语境的识别、语境的重构及在重构语境下解决商标法问题四个步骤。

**关键词：**语境论 商标性使用 商标显著性 多因素测试法

## 引言

确定性是法律最重要的追求目标，其不仅是法的秩序价值实现的前提条件，也是法治的必然要求。<sup>〔1〕</sup>然而，追求商标法的确定性面临特殊难题，“商标法是知识产权法中最难预期的，当适用于事实时其结果是最难以预测的”。<sup>〔2〕</sup>其根本原因在于商标权客体的符号属性，<sup>〔3〕</sup>“商标法涉及一种非常特殊的财产：语义链中的财产”，<sup>〔4〕</sup>作为商标权客体的商标是一种符

\* 华东政法大学知识产权学院教授。

本文为国家社科基金项目“品牌学视角下的驰名商标反淡化保护制度研究”（21CFX079）的阶段性成果。

〔1〕 参见刘星：《法律是什么》，中国政法大学出版社1998年版，第239页。

〔2〕 Barton Beebe, *Search and Persuasion in Trademark Law*, 103 (8) Mich. L. Rev. 2020, 2022 (2005).

〔3〕 符号学两大源流之一的语言学之父索绪尔指出，“语言是一种表达观念的符号系统”，而符号学则“将告诉我们符号是由什么构成的，受什么规律支配”，“语言学不过是这门一般科学的一部分，将来符号学发现的规律也可以应用于语言学，所以后者将属于全部人文事实中一个非常确定的领域”。[瑞士] 费尔迪南·德·索绪尔：《普通语言学教程》，沙·巴利、阿·薛施葛、阿·里德林格编印，高名凯译，商务印书馆1980年版，第37页以下。显然，在索绪尔看来，语言就是一种最重要的符号，语言学是符号学最重要的组成部分。因此，本文除原文引用之外，将根据语境交替使用语言/符号、语言学/符号学。

〔4〕 Katya Assaf, *Protection of Trade Marks against Dilution: A Semiotic Perspective*, 4 (9) J. Intellect. Prop. Law Pract. 643, 656 (2009).

号。〔5〕作为商标符号〔6〕能指的商标标志指向的意义具有多重性和潜在性，不结合其使用语境，商标符号指向的意义便不能确定，导致作为商标法法律事实核心的商标符号使用的性质不确定，继而导致商标法适用的不确定性。商标法面临的源于商标权客体的符号属性的特殊不确定性是传统法学方法论无法解决的，需要探索专门适用于商标法法律事实确定的新方法。鉴于商标权客体的语言或符号属性，这种新方法只能来自于作为语言学分支的语用学，只能是以语境为核心的语境论方法。

目前，尽管符号学方法已经被用于研究商标法，〔7〕甚至已有商标法学者提出处理商标法问题的语境论观念，〔8〕实践也已经在零星地运用语境概念确定商标法法律事实、分析商标法问题，但目前学术上尚未形成方法论意义上的确定商标法法律事实的系统的语境论方法，实践对语境论方法的使用也不系统、不自觉，导致商标法法律事实难以确定，以至于商标法适用被认为“每一案件实际上都是独一无二的”，“判例只有有限的价值”，对商标侵权纠纷案件“进行彻底研究可能会发现判例法倾向于支持任何一方”。〔9〕因此，虽然我国商标法的某些规定也要求认定商标法法律事实时考虑语境，但商标法裁决具有很大的不确定性。比如，均于英雄烈士保护法生效后申请的两个与烈士“武大郎”姓名相同的“武大郎”商标申请却有截然不同的命运，使用于第1类海藻（肥料）等商品的第33556439号“武大郎”商标注册成功，而使用在第25类服装等商品的第40018052号“武大郎”商标注册申请则被驳回，〔10〕与烈士姓名相同或者含有烈士姓名的标志能否注册确定性较差，其根本原因是未充分考虑标志使用的语境因素。尽管《商标审查审理指南》（2021）下编第三章第3.8节规定，“对于与烈士姓名相同或者含有烈士姓名的标志，应当结合该标志的构成要素、指定的商品服务、申请人所在地域与该烈士的关联程度等因素，综合判断该标志的注册和使用是否可能损害烈士的名誉、荣誉或产生其他不良影响”，但商标审查机构却往往仅检索烈士名录并按检索结果机械裁决，而很少考虑相关公众认知和标志使用等相关语境因素。鉴此，本文提出一种认定商标法法律事实的系统的语境论方法，以期提高商标法适用的确定性。

## 一、商标法法律事实确定运用语境论方法的必要性及规范意义

商标法法律事实主要表现为商标符号的使用，其核心是确定商标符号的意义。不结合语

〔5〕 参见吴汉东：《知识产权法》，法律出版社2021年版，第479页以下；王太平：《商标法的符号学分析》，载国家知识产权局学术委员会、中国知识产权研究会、中国知识产权研究会专利委员会编：《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，第405页；Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, 51 (3) UCLA L. Rev. 621, 650 (2004)。

〔6〕 在符号学看来，任何符号都包括能指和所指两个方面，是能指和所指的结合体。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，第8页。商标是一种符号，是商标标志（能指）和商标标志所蕴含的商品信息（商标意义、商誉）（所指）的结合体。不过，由于符号的多义性，作为能指的商标标志在指向商标意义的同时，还可能指向其他非商标意义。为表述方便，本文用“商标符号”统一指称能指相同的商标符号（商标标志+商标意义）和其他非商标符号（商标标志+非商标意义）。

〔7〕 参见前引〔5〕，Beebe文；前引〔5〕，王太平文；彭学龙：《商标法的符号学分析》，法律出版社2007年版。

〔8〕 See Graeme B. Dinwoodie & Mark D. Janis, *Confusion Over Use: Contextualism in Trademark Law*, 92 Iowa L. Rev. 1597, 1667 (2007); Thomas R. Lee, Eric D. DeRosia & Glenn L. Christense, *An Empirical and Consumer Psychology Analysis of Trademark Distinctiveness*, 41 (4) Ariz. St. L. J. 1033, 1072 (2009)。

〔9〕 Richard L. Kirkpatrick, *Likelihood of Confusion in Trademark Law*, New York City: Practising Law Institute, 2011, § 2:3.

〔10〕 参见影晞：《“武大郎”商标因烈士被驳回？烈士姓名禁用商标》，[http://www.iprdaily.cn/article\\_23689.html](http://www.iprdaily.cn/article_23689.html), 2022年12月16日最后访问。

境, 商标符号的意义便不能确定, 因此有必要运用以语境为核心的语境论方法来确定商标法法律事实。与目前仅静态地解释商标法的符号学分析不同, 语境论方法可以从商标符号实际运用的商业现实出发, 动态地、具体地分析商标符号现象, 以确定商标符号的实际意义, 提高商标法法律事实和商标法的确定性。

### (一) 商标法法律事实不确定性的特殊来源与语境论方法的必要性

#### 1. 商标符号意义的不确定性是商标法法律事实不确定性的特殊来源。

卡西尔说: “人是符号的动物。”〔11〕因为人通过符号认识客观世界、同客观世界打交道, 并通过符号相互交际以形成作为人的本质属性的基本前提的社会性。〔12〕因为“意义必须用符号才能表达, 符号的用途是表达意义”, 〔13〕所以意义是符号的核心。符号的意义包括语义意义与语用意义。语义意义是符号固有的、本质的概念意义(词典意义), 不受语境等外界因素影响, 是概括的、静态的、相对稳定的。语用意义是符号的具体使用者在一定语境中的语言(符号)行为所决定的语境意义, 是语义意义与语境结合的产物, 是具体的、动态的交际中的实际意义。语义意义是符号意义的基础, 是潜在的, 语用意义是语义意义在特定语境中的呈现和偏离, 是实际的。交际主体既要掌握语义意义, 也要将语义意义和具体语境结合形成语用意义, 才能最终实现交际。〔14〕语义意义与语用意义的划分以及通过语义意义结合语境获得语用意义的过程, 是由语言或符号演变的经济原则决定的。经济原则是语言演变的基本原则, 即语言演变的动力来自于交际的需要和人的自然惰性之间的冲突, 前者促使人类创造新的、复杂的语言单位, 后者则要求在言语过程中尽量减少力量的损耗, 力求用少量的语言单位传达尽可能多的意义。〔15〕社会实际生活中的交际不仅多种多样, 而且处于不断变化之中。如果为每一交际过程均提供唯一的符号和交际形式, 那么符号和交际形式就会变得无限多, 以至于交际主体无法掌握。于是, 语言学通过两种手段既贯彻经济原则, 又满足社会交际的需要: 其一, 发展一套尽量简单的语言符号系统。词语是表达概念的, 概念反映了客观事物。客观事物是千差万别、无穷无尽和不断变化的。如果有多少客观事物就创造出多少词语, 语汇就会无止境地扩大, 学习和使用就难以负担。因此, 通过增加词语的义项创造多义词, 使同一词语表达多个不同的概念, 客观上解决了语言形式的有限性和客观事物的无限性之间的矛盾。〔16〕其二, 借助语境运用有限的词语实现无限的交际。相对于围绕客观事物进行的动态的、无限的交际, 多义的语言符号系统及其对客观事物的反映仍是静态的、相对有限的, 还必须把语言符号的语义意义与“庞杂”“纷繁”“内容丰富、范围广阔”的语境〔17〕相结合, 才能最终确定语用意义, 满足动态的、无限的交际需求。贯彻经济原则的这两种手段减轻了人的记忆、学习与使用负担, 但也使得整个符号交际系统变得更为复杂, 增加了符号交际系统的不确定性。

〔11〕 [德] 恩斯特·卡西尔:《人论》, 甘阳译, 上海译文出版社1985年版, 第34页。

〔12〕 参见陈宗明、黄华新主编:《符号学导论》, 河南人民出版社2004年版, 第37页以下。

〔13〕 胡易容、赵毅衡编:《符号学》, 南京大学出版社2012年版, 第1页。

〔14〕 参见周明强:《现代汉语实用语境学》, 浙江大学出版社2005年版, 第11页以下; 陈宗明:《符号世界》, 湖北人民出版社2004年版, 第24页; 何兆熊主编:《新编语用学概要》, 上海外语教育出版社2000年版, 第45页以下; 何兆熊:《语用、意义和语境》, 《外国语(上海外国语学院学报)》1987年第5期, 第9页。

〔15〕 参见语言学名词审定委员会:《语言学名词》, 商务印书馆2011年版, 第11页。

〔16〕 参见张志公:《语义与语言环境》, 载[日]西楨光正编:《语境研究论文集》, 北京语言学院出版社1992年版, 第245页。

〔17〕 参见前引〔14〕, 周明强书, 第11页; 裴文:《现代英语语境学》, 安徽大学出版社2000年版, 第11页以下; 高登亮、钟焜茂、詹仁美:《语境学概论》, 中国电力出版社2006年版, 第43页。

商标是厂商创造的用以向消费者传递商品信息、与其进行交际的符号，商标这种符号同样遵循上述语言符号演变的经济原则。商标符号的语义意义往往也是多重的，任意性商标、暗示性商标、描述性商标的标志原本就是社会文化中的符号而具有多义性，即便是社会文化中原本没有的单义的臆造性商标，经过长期使用也可能从单义变成多义。<sup>[18]</sup>商业实践也表明，使用普通英语词汇的任意性、暗示性商标通常比臆造商标更有竞争力，<sup>[19]</sup>这导致大部分商标符号来自社会文化中原本的符号，大部分商标的语义意义是多重的。商标符号同样只有结合具体语境，才能确定其实际的语用意义。事实上，即便尚未产生其他意义的臆造商标只有唯一的商标意义，也仍需结合具体语境才能最终确定其实际的语用意义。比如，“haier 海尔”是臆造商标，只有“haier 海尔”家电的唯一意义，当某家电维修服务商使用“haier 海尔”标志时，只是表明其具有修理“haier 海尔”家电的能力，提供修理“haier 海尔”家电的服务，从而构成商标指示性正当使用。

商标法法律事实主要表现为商标符号的使用，核心是确定商标符号的意义。商标符号的意义既可能是语义意义，比如在分析描述性商标是否获得了显著特征的情形，法律事实主要是确定描述性标志是否取得了第二含义，这种第二含义就是一种语义意义。商标符号的意义也可能是语用意义，比如在分析商标符号使用行为是否构成指示性正当使用时，不仅需要确定商标符号使用行为使用的是商标符号的商标意义，还需要进一步结合语境分析商标符号的商标意义的最终呈现即语用意义。商标符号的意义还可能既包括语义意义也包括语用意义，比如在分析商标符号使用行为是否构成描述性正当使用时，就不仅需要确定商标符号使用行为使用的是否为商标符号的非商标意义，还需要结合语境确定商标符号使用行为是否在发挥商标符号的非商标意义的实际功能，即确定商标符号的语用意义。在大多数商标纠纷中，仅抽象地分析商标符号的语义意义究竟是商标意义还是非商标意义是不够的，还必须结合其实际使用的具体语境，才能确定商标符号的语用意义和商标符号实际发挥的功能，商标法法律事实才能最终确定下来。因此，商标符号的语义意义的潜在性及在交际中向语用意义的转化过程，是商标法法律事实特殊不确定性的主要来源。

2. 语境的意义确定功能决定了语境是确定商标符号意义的基本工具，决定了语境论方法是解决商标法法律事实的特殊不确定性的基本方法。

语言学研究表明，“语境的功能是多方面的。就话语表达而言，语境影响说话人在说话内容、表达方式、表达手段等方面的选择；就话语理解而言，语境有助于听话人确定指称、消除含糊、充实语义等”。<sup>[20]</sup>语言的经济原则的实现过程也表明，一旦完全进入语境，语言或者符号“便具备了完全的动态性”，“由于语境各因素的种种限制，语义实现了单义化”，“语义的表达效果也因受到语境的制约而变得明朗无误”。<sup>[21]</sup>也就是说，商标符号“使用的语境提供了意义”，<sup>[22]</sup>使商标符号的意义即商标符号使用的性质确定下来，商标法法律事实得以确

[18] 参见王太平：《商标符号利益的法律分配：商标法构造与操作的符号学解释》，《法学杂志》2021年第6期，第24页以下。

[19] See Barton Beebe & Jeanne C. Fromer, *Are We Running Out of Trademarks? An Empirical Study of Trademark Depletion and Congestion*, 131 Harv. L. Rev. 945, 965-970 (2018).

[20] 何自然、陈新仁编著：《当代语用学》，外语教学与研究出版社2004年版，第121页。

[21] 前引[17]，裴文书，第29页。

[22] J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 5<sup>th</sup> ed., Thomson West, 2022, § 3:3.

定,保障了商标法适用的确定性。这种以语境为核心的方法就是语境论方法,它坚持一种语境观念,把语境置于商标法法律事实的核心,全面识别与完整重构商标符号使用的语境,并根据这种重构的语境确定商标符号使用的具体性质,最后在此基础上正确适用商标法。

归根结底,商标法法律事实需要用语境论方法确定的根本原因是,“商标不是孤立解释的,而是始终处于语言语境之中”,<sup>[23]</sup>语境是商标法法律事实的重要组成部分,离开语境几乎不可能准确确定商标符号的意义和商标符号使用的性质。因此,“商标法的出发点是理解字词(或其他符号)在语境中的实际作用”。<sup>[24]</sup>

## (二) 语境论方法的规范意义

现行商标法研究和实践均未能提供有效消除商标符号意义的特殊不确定性的方法。为凸显商标符号的意义,尤其是商标识别商品来源的意义,国内学者和商标实践往往使用不同于商标法第48条规定之“商标的使用”的“商标性使用”、<sup>[25]</sup>“商标意义上的使用”、<sup>[26]</sup>“商标法意义上的使用”<sup>[27]</sup>等术语,试图以此确定商标符号使用的具体性质。国外学者虽然没有使用不同于“商标的使用”的术语,但也强调商标的产品或服务来源识别作用。<sup>[28]</sup>使用“商标性使用”等术语以及强调商标的商品来源识别作用虽然有助于从语义意义角度区分商标法第48条规定的“商标的使用”与其第59条第1款规定的不属于商标使用的商标描述性正当使用,但无法区分语用意义角度的商标指示性正当使用和商标权用尽,因为两者使用的对象均为他人的商标和商标符号的商标意义,商标符号使用的差别在于不同语境下使用他人商标的目的和效果不同。在商标指示性正当使用语境下,尽管使用他人商标的目的不是为了识别商品来源,而是为了说明自己的商品的某种特性,但形式上这种使用不仅是在使用他人商标,而且使用的他人商标指示的也是他人的商标商品,属于“商标意义上的使用”,只是结合语境可以判断使用的最终目的是说明自己的商品的某种特性而不是识别他人的商标商品的来源。而在商标权用尽语境下,商标法因特殊政策考虑将首次销售之后进一步销售商标商品而使用商标的行为排除在商标权效力之外,此时的使用不仅形式上是使用他人商标指示他人商标商品,而且使用他人商标的目的与商标权人使用商标的目的也完全相同,同样是识别商标权人的商标商品的来源,就是一种“商标法意义上的使用”“商标意义上的使用”“商标性使用”。因此,不结合语境,而仅仅笼统地使用“商标性使用”等术语并强调商标的商品来源识别作用,无助于确定上述两种不同语境下商标符号使用的具体性质。

就商标法研究来说,尽管现有研究已经运用了符号学分析方法,但仍是静态的、机械的,导致“仅仅提供了商标法基本范畴或制度的基本框架,却无法更进一步深入认识这些基

[23] See Steven Wilf, *Who Authors Trademarks?*, 17 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 1, 45 (1999).

[24] See Graeme B. Dinwoodie, *What Linguistics Can Do for Trademark Law*, in Lionel Bently, Jennifer Davis & Jane C. Ginsburg (eds.), *Trade Marks and Brands: An Interdisciplinary Critique*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 148.

[25] 参见张今、刘晗:《商标使用相关问题探究》,《中华商标》2013年第9期;祝建军:《判定商标侵权应以成立“商标性使用”为前提——苹果公司商标案引发的思考》,《知识产权》2014年第1期;物美科技集团有限公司与严峰侵害商标权及不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2022)最高法民再71号民事判决书。

[26] 参见吴燕颐、江文:《商标侵权案件的侵权认定——杜家鸡商标侵权纠纷案评析》,《科技与法律》2011年第1期;北京大宝化妆品有限公司与北京市大宝日用化学制品厂、深圳市碧桂园化工有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案,最高人民法院(2012)民提字第166号民事判决书。

[27] 参见张德芬:《商标使用界定标准的重构》,《知识产权》2012年第3期;广州市花亦浓贸易有限公司与新余伟兴电子商务有限公司侵害商标权纠纷案,最高人民法院(2020)最高法民申4275号民事裁定书。

[28] 参见前引[22], McCarthy书,第3:4节。

本范畴或制度的内在过程与机理”，“无法具体解析商标侵权和淡化”，“实践操作性仍需加强”。〔29〕语境论方法则是一种动态的、有机的分析方法，可以弥补此种不足。语境论方法属于语言学的语用学分支，而传统商标法的符号学分析更偏重于语言学的语义学分支。“语义学是对抽象于语言使用之外的意义的研究，语用学是对使用中的语言意义的研究”，〔30〕商标法的语义学分析大多数情况下无法用于确定商标法法律事实，而语用学分析“通常以这样的观点为出发点：说话者提供沟通意图的证据并选择传统上适合于使其意图在受话者相信的背景下被理解的符号，受话者转而而为特定的语境构建解释，而不是从他们面前的符号中找到某种固定或稳定的意义”。〔31〕也就是说，语用学的语境论方法不仅是动态的，而且是实际的、有机的，以商标符号使用的市场现实为基础，确定商标符号的实际意义和商标符号使用的性质。

就我国商标实践来说，并非完全没有涉及语境，只不过既没有形成系统的确定商标法法律事实的语境论方法，也没有形成运用语境论方法确定商标法法律事实的自觉。在“青花椒”商标纠纷案中，〔32〕一审法院认为，“被诉侵权标识被五阿婆火锅店用于店招等处，且属于突出使用，其使用方式、使用位置起到了识别服务来源的功能，属于商标性使用”。为何属于“突出使用”，一审法院没有具体说明，很可能是因为“青花椒”三字与被告的注册商标“邹鱼匠”相比，字体不同且字号更大。然而，正如二审法院认定的那样，被告在“青花椒”字样前面附加自己的注册商标“邹鱼匠”标识，后面带有“鱼火锅”三字，“青花椒”与“鱼火锅”在字体、字号、色彩、高度、字间距等方面均保持一致，没有单独突出使用，而是与“邹鱼匠”“鱼火锅”共同使用，与万翠堂公司的涉案商标存在明显差异。因此，被告在店铺招牌上将“青花椒”使用在“鱼火锅”之前，完整而清晰地向公众表达了其向消费者提供的招牌菜是“青花椒鱼火锅”，“青花椒”是对其提供的特色菜品鱼火锅中含有青花椒调味料的客观描述，并非商标性使用。该案一审、二审法院对商标符号使用性质的认定之所以截然相反，主要是基于对事实的不同解读，二审法院更详细完整地描述和解读了商标符号使用的语境，从而使法律事实的认定也更具确定性，更易为人接受。尽管该案二审生效判决较好地解决了问题，但必须认识到，只有系统的语境论方法以及运用语境论方法的自觉，才能确保类似案件事实认定的确定性，实现商标法的确定性。

## 二、语境论方法中语境的概念、性质与内容

语境是语境论方法的核心，语境的概念、性质、内容和语境的基本要求是语境论方法的主要内容。本部分从概念、性质和内容等方面对语境论方法中的语境进行界定，下一部分总结语境论方法中的语境的基本要求。

### （一）语境论方法中语境的概念与性质

在语境学看来，语境是运用语言时所处的现实环境，是与言语交际行为相联系的各种环境

〔29〕 王太平：《商标法研究的跨学科方法》，载聂辛东主编：《湘江青年法学》第1卷，湘潭大学出版社2015年版，第109页。

〔30〕 前引〔14〕，何兆熊文，第9页。

〔31〕 See Alan Durant, *How Can I Tell the Trade Mark on A Piece of Gingerbread from All the Other Marks on It? Naming and Meaning in Verbal Trade Mark Signs*, 载前引〔24〕, Bently等编书, 第132页。

〔32〕 参见温江五阿婆青花椒鱼火锅店与上海万翠堂餐饮管理有限公司侵害商标权纠纷案，四川省高级人民法院（2021）川知民终2152号民事判决书。

要素组成的内容丰富、范围广阔的动态系统。<sup>[33]</sup> 比照语境学中的语境概念, 语境论方法中的语境就是商标符号运用时面对的现实环境, 是与商标符号运用相联系的各种环境要素组成的动态系统。与普通符号交际不同的是, 商标符号包括商标, 而商标是商品交易中传递商品信息的工具, 是商品交易的重要组成部分。因此, 商标这种符号运用的语境更多地是一种市场交易环境, 不同于以话语为主的言语交际性的语境。

传统语境观认为, 语境是先于交际过程的静态地存在于人们思想中的一系列客观知识, 语境在交际中具有规范和制约作用, 交际双方处于受语境控制的被动地位, 语用主体在交际过程中不具有选择和构建语境的主动性。<sup>[34]</sup> 现代语境观则认为, 语境是一种认知语境, “语境是一种心理构造, 是听者对世界的假设的子集”, “正是这些假设, 而不是世界的实际状态, 影响了话语的理解。这种意义上的语境并不局限于直接的物理环境或直接的先前话语: 对未来的期望、科学假设或宗教信仰、零星的记忆、一般文化假设、对说话者的心理状态的信念, 都可能在理解中起着作用”。<sup>[35]</sup> 在认知语境观看来, “认知语境并非凭空自生, 也非交际双方大脑中所固有, 而是交际者基于生活的经验, 在对当前外部信息的感知、整理与记忆的基础上形成的。记忆中的经验信息与当前的外部输入信息(或可感知信息)是认知语境的外在源泉”。<sup>[36]</sup> 没有物理的外部输入信息, 交际者的主观心理构造既难以形成, 也无以被“激发”。同时, 交际者“是一个主动的信息探求者, 并不是消极地等待着环境刺激而产生反应的被动个体。个体内部已有的知识、经验及其结构对其心理活动和外部行为会产生决定性影响, 人的行为、动作的产生以及言语活动等都受到个体内部心理活动的调节和控制”。<sup>[37]</sup> 概言之, 语境是外部输入信息与交际者心理构造的结合, 是交际者积极主动构造的结果。

商标是一种符号, “是一种纯粹属于消费者头脑的财产”, “商标法需要‘通过消费者来思考问题, 只看到消费者眼中的市场’”, “消费者是商标法中万能的尺度”。<sup>[38]</sup> 因此, 尽管厂商是商标通信系统的信源, 是商标法中最重要权利主体, 但消费者才是商标通信系统的信宿, 是商标通信的最终目标和商标法的终极判断标准, 决定着商标法上所有重要范畴和制度的构造。根据《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕19号, 以下简称“商标纠纷解释”)和《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》(法释〔2020〕19号)的规定, 相关公众包括与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者, 相关公众不仅是商标授权确权中诉争商标是否具有显著特征, 是否为通用名称, 是否与在先的注册商标、未注册的驰名商标、注册的驰名商标、地理标志、字号权、姓名权、肖像权等在先权利相冲突的判断主体, 而且也是商标侵权判断中商标相同、商标近似、商品相同、商品类似、商品与服务类似、混淆可能性的判断主体。根据“商标纠纷解释”的规定, 认定商标是否相同或近似, 应以相关公众的一般注意力为标准, 认定商品或者服务是否类似, 应以相关公众对商品或者服

[33] 前引〔17〕, 高登亮等书, 第41页。

[34] 参见刘澍心:《语境构建论》, 湖南人民出版社2006年版, 第75页以下。

[35] [法]丹·斯玻波、迪埃珥·威尔逊:《关联:交际与认知》, 蒋严译, 中国社会科学出版社2008年版, 第19页以下。

[36] 黄华新、胡霞:《认知语境的建构性探讨》, 《现代外语》2004年第3期, 第249页。

[37] 梁宇建:《当代认知心理学》, 上海教育出版社2003年版, 第15页。

[38] 前引〔2〕, Beebe文, 第2022页。

务的一般认识综合判断。鉴于相关公众中的其他经营者是更为专业的“商业顾客”，消费者是更容易混淆的一般公众，各国或地区商标法通常只在极少数仅有其他经营者的情况下才以其他经营者作为相关公众的主体标准，<sup>[39]</sup>而在大多数仅有消费者或者既有消费者也有其他经营者的情况下，往往以消费者或者一般公众作为相关公众的主体标准。<sup>[40]</sup>商标授权确权与商标侵权判断中的相关范畴均是处于特定语境中的，只有结合语境，这些范畴才能理解和最终确定。“‘在语境中使用’和相应的‘在语境中理解’等概念在分析商标问题时与抽象的符号尺度一样重要，商业符号在特定语境中使用而不是抽象地需要商标保护，它们的意义、影响以及侵犯特定权利的程度，都取决于它们的使用方式以及符号本身的内在意义潜力。”<sup>[41]</sup>由于语境论方法中的语境要考虑消费者的一般注意力和一般认识甚至以之为基础，这种语境显然是一种需要考虑作为主体的消费者的知识的认知语境，而不是纯粹外在的物理环境。

商标符号使用离不开语境，不存在孤立的、真空中的商标符号使用。很大程度上，语境也是商标符号使用的组成部分，商标符号使用的性质必须结合语境确定，“虽然语义的意义肯定与消费者的来源识别判断有关，但它既不是唯一的也不是最重要的因素。如果商标被展示在一种与品牌感知模式一致的语境中，消费者就可能判断该商标是指示来源的”。<sup>[42]</sup>以商标显著性为例，文字商标的显著性通常采用通用名称、描述性商标、暗示性商标、任意商标和臆造商标的五分法谱系来划分，然而，在商标使用的语境确定后，商标文字含义虽不能说不重要，但并不能实质决定商标的显著性。实证研究表明，除了通用名称和臆造商标基本与商标显著性的五分法谱系一致外，即不具有商标意义的通用名称不太容易被看作是来源识别标志（26.7%），而固有显著性最强的臆造商标容易被看作来源识别标志（100%），固有显著性介于通用名称和臆造商标之间的商标中，三个商标法上认为固有显著性较弱的描述性商标被看作来源识别标志的比例分别为76.7%、83.3%和100%，平均达到86.67%，而商标法上认为固有显著性更强的任意性商标和暗示性商标被看作来源识别标志的比例却分别为76.7%和86.7%，<sup>[43]</sup>平均为81.7%，反而低于描述性商标被看作来源识别标志的平均比例，原因在于位置等语境因素对商标符号使用性质的确定具有比文字商标的语义更重要的作用。可以说，语境不仅是商标符号使用的组成部分，甚至是商标符号使用性质的决定因素。

## （二）语境论方法中语境的主要内容

商标符号的语境和普通语言中的符号的语境有所不同。商标符号不仅可以像语言等符号一样在话语中使用，比如在广告宣传中通过话语方式使用商标符号，而且可以在非话语的商标商品的经营活动中使用，比如在商标商品展销、销售等实际提供中使用。在广告宣传的话语中使用商标符号时，商标符号的语境和普通语言的语境类似，同样可以分为语言语境和非语言语境。在商标商品提供的非话语经营活动中使用，商标符号出现于商标商品之上，商标商品出现在特定的经营场所，商标符号在这种具体场景中发挥作用，这种情况下显然很难将商标符号

[39] See *Dorr Oliver, Inc. v. Fluid Quip, Inc. and Andrew Franko*, 94 F. 3d 376 (7<sup>th</sup> Cir. 1996); 24/05/2011, T-408/09, *an-cotel*, EU; T: 2011: 241, § 38-50.

[40] See *Ciba Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.*, 1992 CarswellOnt 1007 (1992); 06/10/2004, T-117/03 - T-119/03 & T-171/03, NL, EU; T: 2004: 293, § 25.

[41] 参见前引 [31], Durant 文, 第 109 页。

[42] 前引 [8], Lee 等文, 第 1078 页。

[43] 同上文, 第 1089 页。

的语境划分为语言语境和非语言语境，而是一种商标商品提供的商业语境。和语言学中的语境相同，语境论方法中的语境也具有认知性和建构性，是作为认知主体的消费者主观建构的结果。语境论方法中的语境在消费者消费过程中发挥作用，而消费者显然并非机械地接收信息，而是会主动地认知，消费者的知识、经验、态度在语境的构造中具有重要作用。

鉴于商标语境与普通语言符号语境的不同，本文按照语境与商标的“距离”，把商标语境划分为两个方面：商品语境与非商品语境。消费者购买商标商品时进行来源识别的过程可以简略描述如下：消费者在市场中遇到产品包装时会进行来源识别判断，他会先从记忆中检索包括产品包装的空间布局、商标信息的普通标签位置、总的预期和商标外观的心理模型，以及产品市场中如何呈现的预期的产品包装的感知图式。通常，产品包装的布局会在阅读或处理包装上的文字商标的任何语义之前被唤起和处理。在识别产品来源的感性目标和唤起品牌包装的感知图式的指导下，消费者的注意力随后会集中在包装上他期望找到商标的“商标点”上，然后对文字商标的语义进行感知和加工，消费者会将“商标点”发现的文字/符号与他对商标的记忆模式进行比较，如果观察到的与他对商标的记忆模式一致，那么他就会认为这个文字/符号是一个来源标志，反之，他会拒绝这个文字/符号作为来源标志，并在包装上的其他地方寻找信息来完成来源识别目标。<sup>[44]</sup>从这一过程可以看出，商品语境就是与商品外观、商品包装直接相关的商标语境，是消费者“遇到”商标商品后直接影响消费者来源识别的商标语境。非商品语境则是商品外观、商品包装之外的如商标商品的广告宣传、销售渠道、销售商标商品的店铺的店面布局、摆放商品的货架等影响消费者“遇到”商标商品的机会的商标语境。

上述商标的商品语境与非商品语境的划分，得到了实践支持。以美国各联邦巡回上诉法院分析传统商标侵权的“多因素测试法”中的因素为例，除商标的近似性外，各巡回上诉法院的“多因素测试法”中基本均包含的因素有商品的类似性、原告商标的强度、消费者或购买者的知识、经验和注意力、实际混淆的情况、被告使用标志的故意。<sup>[45]</sup>此外，各巡回上诉法院的多因素测试法中提到的其他因素还包括双方贸易渠道之间的关系、当事人之间的广告关系、原告缩小两种产品之间差距的可能性、被告产品的质量、在没有实际混淆证据的情况下同时使用的时长和条件、双方销售努力针对的目标的一致程度、双方在业务中使用的设施的相似性、双方地理市场范围的相似性、零售网点的一致性、同时使用的区域和方式、销售战略的异同、在类似商品上使用近似标志的数量和性质、使用或不使用商标的商品品种（商标、“家族”商标、产品商标）、申请人与在先商标权人之间的市场边缘区域、申请人有权不让他人任其商品上使用其商标的程度等其他可以证明使用效果的事实。实践中，上述因素中的每一因素还可分拆成更细的因素，每一因素往往也是在一定的语境或背景中进行判断的。比如，对商标近似性来说，可以从商标的音、形、义等角度进行判断。同时，正如不应对商标本身进行机械

[44] 前引〔8〕，Lee等文，第1075页以下。

[45] 第五巡回上诉法院的多因素测试法中缺少商标的强度因素，联邦巡回法院的多因素测试法中缺少被告的故意因素，第十一巡回上诉法院采用第五巡回上诉法院的标准。各巡回法院的先例涉及的因素，参见前引〔9〕，Kirkpatrick书，第2:4节。我国商标实践同样采用该方法判断商标混淆可能性，如国家知识产权局《商标侵权判断标准》（国知发保字〔2020〕23号）第21条、《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（法释〔2020〕19号）第12条（尽管该司法解释针对的是商标法第13条第2款中的容易导致混淆的判断，但这些因素同样适用于商标法第57条第2项中的容易导致混淆的判断，2020年《江苏省高级人民法院侵害商标权民事纠纷案件审理指南》第2.3.1节即将商标法第13条第2款和第57条第1、2项并列规定为商标禁止权的范围）。本文主要借鉴美国司法相关操作的原因是美国巡回上诉法院众多，多因素测试法的因素列举比较全面。

切分一样，也不应在消费者使用和遇到商标的语境或环境之外孤立地看待它们，尤其是当商标的背景涉及额外的确实有助于区分来源的商业标志（如公司名称、部门名称、品牌名称、品牌标志、产品标志、徽标或其他外观）时，这种背景就更有可能影响消费者对商标的印象。<sup>[46]</sup>在这些因素中，商品类似性、在类似商品上使用近似标志的数量和性质、使用或不使用商标的商品品种大体上属于上述的商品语境，而其他因素基本均属于影响消费者“遇到”商品机会的非商品语境。

语境论方法中的语境与普通交际的语境有三点明显不同。其一，语境论方法中的语境可能比一般交际语境简单。因为其主要是在消费者使用商标识别商品来源时发挥作用，虽然也涉及商标符号相关意义的传递与理解，但毕竟是在更为物质性的商品交易环境中进行的，受到更多制约。且在现代商业的很多情况下，比如在超市购物，通常是商品放在货架上，消费者自己搜寻商品并进行选择，商品被动地为主动的消费者识别，不像普通交际中双方均是主动的交际主体，交际更为复杂。当然，现代商业交易中的商品也不完全是被动的，比如专卖店通常有导购员，此时商品就不是纯粹被动的。其二，语境论方法中的语境大多不是现场的语境，而是事前拟制或事后重构的语境。在商标注册过程中，由于申请注册的商标可能还没有实际使用，商标是否具有显著性、是否属于法定禁用标志、是否具有功能性、是否与在先商标等在先权利冲突，均是潜在的。以与在先商标冲突为例，在后商标申请注册时，申请商标通常尚未实际使用，在先商标可能也没有实际使用，尤其一般尚未在注册指定的全部商品上使用。因此，申请注册商标和引证商标使用的语境主要是商标纠纷处理者事先拟制的。<sup>[47]</sup>在商标侵权纠纷中，尽管原告和被告的商标必定均是实际使用的，具有实际的商标使用场景，但在诉讼发生后，即便案涉侵权行为尚未停止，纠纷处理者大多也并不会亲临商标使用现场，而往往是通过证据等材料在事后重构商标使用的语境。美国商标法学者麦卡锡认为：“为了对购买者混淆的可能性作出现实的评估，法院必须试图重现潜在购买者作出选择的条件。法院不应在安静的审判室内长时间地、细致地比较相互冲突的商标，因为这不是购买者面对商标的语境。”<sup>[48]</sup>美国第二巡回上诉法院则指出：“兰哈姆法要求法院根据商标在购买环境中实际显示的方式来分析产品的相似性。”<sup>[49]</sup>总的来说，不管是在商标注册环节还是在商标侵权判断环节，商标审查员、商标评审员和法官一般均不会在商标使用现场适用商标法，语境论方法中的语境或者是事前拟制的，或者是事后重构的。其三，语境论方法中的语境具有显著的模拟性。由于语境论方法中的语境大多不是现场的，因此，商标审查员、商标评审员和法官必须“试着模仿市场”。<sup>[50]</sup>当然，无论从视角上还是内容上，这种模拟或者模仿都和消费者实际购物消费的情况有一定差异。在视角上，语境论方法中的语境是第三人的视角，不同于消费者实际利用商标的交际主体视角。在内容上，语境论方法中的语境是普通消费者利用商标的语境，而不是某个具体消费者利用商标的语境。

[46] 参见前引 [9]，Kirkpatrick 书，第 4:8 节。

[47] 此时，在后商标与在先商标的“冲突往往是纸上的”，对冲突的评估通常以一种相当抽象和简略的方式进行。See Annette Kur & Martin Senftleben, *European Trade Mark Law: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2017, § 4.3.2.2, para. 4.319.

[48] 前引 [22]，McCarthy 书，第 23:58 节。

[49] *Malletier v. Burlington Coat Factory Warehouse Corp.*, 426 F.3d 532 (2d Cir. 2005).

[50] 参见前引 [22]，McCarthy 书，第 23:58 节。

### 三、语境论方法中语境的基本要求

语境论方法中的语境和语用学中的语境类似,因此可以参考语用学的研究成果来确定语境论方法中语境的基本要求。同时,商标毕竟是在市场交易中发挥作用,它的语言是一种“商品的语言”,<sup>[51]</sup>语境论方法中语境的基本要求必定有自己的特点,需要专门研究。

#### (一) 语境必须是客观的

语言学研究表明,“语境本来就是语言的一种客观属性”。<sup>[52]</sup>因为“任何一次语用交际都是在相应的语境之中进行的,不存在脱离语境的语用交际。语境的这种与言语行为共生的现象,反映了它的客观性和现实性。这种客观现实性,以语言外的诸语境因素如时间、地点、社会、时代等表现最为明显”。“上下文语境一旦形成,便是客观的存在,影响语用交际的活动。”<sup>[53]</sup>尽管“语境的构成有客观因素和主观因素”,<sup>[54]</sup>且语境必定体现语用主体的主观选择,但均很难否定语境的客观性。因为这种主观因素和主观选择均不是任意的,主观因素无非体现了说话者的个人特点,而主观选择无非体现了说话者的个人意愿,这些因素和选择一旦选定,就必然按照语境的客观规律发挥作用,不再受说话者个人影响,不能否定语境的客观性。即便在认知语境观看来,认知语境是由语用者或交际者共同构建的,体现了语用者的交际意图和认知能力,<sup>[55]</sup>但这种语用者的主体和主观因素均不是任意的,不能否认语境的客观性。

语境论方法中的语境就是相关主体使用商标符号传递相关信息时面对的除商标符号外的市场条件,这种语境是客观的。商标侵权判断中混淆可能性的事实复杂性根源在于,这个问题必须从市场的角度来看待,重点是在实际市场条件下使用的商标,法院关注商标法所处理的商业世界的实际情况,潜在买家是否会发生混淆的市场现实控制着是否存在混淆可能性,对消费者混淆的评估必须试图重现决定购买的条件,法官应当试图确定的不是他/她会做什么,而是在市场条件下一个合理的购买者会做什么。<sup>[56]</sup>多因素测试法模拟的市场条件既包括商标符号,也包括商标符号使用的语境,这种市场条件不以商标权人和消费者的意志为转移,是客观的,正是这种客观的市场条件决定了究竟是否存在混淆可能性。因此,尽管作为市场条件模拟的多因素测试法并不一定能够使案件的结果更可预测,但它确实提供了证明和论证混淆可能性的一般模式,并使决策过程更加统一和可预测。<sup>[57]</sup>

#### (二) 语境必须是相关的

语境不是随意组织和构造的,因其毕竟是交际中存在的,而“关联性是始终制约人类交际的基本因素,可看作一个常量,而语境则是一个变量,是一个心理结构体”,<sup>[58]</sup>“影响话语

[51] 有学者认为,商标原理是一种混合原理。它不仅是一种详细阐述市场准则的经济原理,同时也是阐释符号体系和语言准则的符号学原理。如果有一种“商品的语言”,那么商标原理就是它的语法,而且这种语法不能仅从经济学上来理解,也要从语言学学术语上来理解。参见前引〔5〕, Beebe文,第624页。

[52] [日]西槇光正:《语境与语言研究》,载前引〔16〕,西槇光正编书,第26页。

[53] 王建华、周明强、盛爱萍:《现代汉语语境研究》,浙江大学出版社2002年版,第60页。

[54] 王德春、陈晨:《语境学》,载前引〔16〕,西槇光正编书,第182页。

[55] 参见朱玲玉、贺红:《从认知语境建构看会话含义的产生——以〈白象似的群山〉为例》,《四川民族学院学报》2011年第3期,第36页。

[56] 参见前引〔9〕, Kirkpatrick书,第2:2节。

[57] 同上书,第2:2节,第2:4节。

[58] 康家珑:《交际语用学》,厦门大学出版社2000年版,第311页。

理解的认知语境不是预先设定的，而是听话人根据关联原则建构而产生的”，〔59〕“一切有可能成为语境的种种因素，如果失去了和具体语用的联系，没有对语用产生影响，也就没有充当语境的资格”。〔60〕“在交际中，真正对话语产生影响的语境实际上是那些被交际主体选择的结果，只有那些经过交际主体主观认知选择了的语境才能成为认知语境”；“个人百科记忆的组织以及所从事的思维活动会限制潜在语境的数目，使得人们可以在任何时刻从中选择具体的语境，认知语境的这一选择特性更接近人类认知过程的真实”。〔61〕换言之，“不是全部的社会条件都是语境，只有制约话语意义的那部分社会的、自然的条件才是语境”。〔62〕语境必须是与交际或话语意义相关的内容。

对于语境论方法中的语境来说，语境的相关性是指语境必须与待处理的商标法问题相关。混淆可能性分析所涉多因素事实上就是对混淆可能性问题的市场现实的模拟，除商标外，就是影响混淆可能性的语境因素。并非所有因素都存在或在每一案件中都被同等强调，由于调查是具体的和个案的，不同因素可能在不同案件中起主导作用，给予每一因素的适当权重应视情况而定，每一因素都必须在它如何影响混淆可能性这一最终问题的背景下加以评估，对混淆可能性的判断必须基于对证据中所有对混淆可能性问题有影响的因素的相关事实的分析。〔63〕多因素测试法同样可以适用于虚假代言、滑稽模仿、比较广告以及在重新组装或修改的商品上使用最初商标（是否构成商标权用尽），〔64〕但因涉及的商标法问题不同，语境的内容也有所不同，需要根据具体的商标法问题确定。即便同为混淆可能性的判断，且各国商标法上规定的商标注册与商标侵权判断中的商标冲突标准均为混淆可能性，商标注册与商标侵权判断中的语境也有较大不同。商标注册中，由于申请注册的商标甚至在先的引证商标可能均尚未使用，无论是商品语境还是非商品语境，相互冲突的商标的语境均不确定，商标之间的冲突往往是纸上的，是脱离市场现实的，对冲突的评估往往以一种相当抽象和简略的方式进行。而在商标侵权判断中，由于冲突商标通常已实际使用，被控侵权商标和引证商标均有各自实际使用的语境，商标之间的冲突是市场现实下的冲突，具有更全面的语境，冲突判断更为客观具体。因此，欧盟学者指出，尽管《欧盟商标条例》第8条第1款（a）和（b）项以及第8条第5款的规定与第9条第1款（a）、（b）和（c）项的规定字面上相同，但他们的评估是在不同的结构领域进行的。〔65〕总之，不同的商标法问题导致商标法适用的不同语境，可能导致几乎相同问题有不同的处理结果。

### （三）语境必须是普通的

语用学或语境研究著述的确没有强调语境必须是普通的，但由于“语言是社会现象，具有明显的社会性”，〔66〕语境也是社会的，含有“社会”因素，是一个社会文化团体办事、思维或信仰的方法，是一种共有的集体意识，〔67〕当然不能由个人的个别情形来决定。〔68〕语境

〔59〕 前引〔20〕，何自然等编著书，第121页。

〔60〕 前引〔53〕，王建华等书，第68页。

〔61〕 周淑萍：《语境研究——传统与创新》，厦门大学出版社2011年版，第126页。

〔62〕 何兆熊：《语用、意义和语境》，载前引〔16〕，西楨光正编书，第182页。

〔63〕 参见前引〔9〕，Kirkpatrick书，第2:6节。

〔64〕 同上书，第2:4节。

〔65〕 参见前引〔47〕，Kur等书，第4.3.2.2节，第4.319段。

〔66〕 戚雨村主编：《语言学引论》，上海外语教育出版社1985年版，第9页以下。

〔67〕 参见熊学亮：《语用学和认知语境》，《外语学刊（黑龙江大学学报）》1996年第3期，第3页。

〔68〕 本文并不否认个人的个别语境可以影响个人参与的交际的结果，但个人的语境对于对商标法适用来说没有法律意义，不能依据个人的语境来处理商标法问题。

之所以对语言具有制约功能,在于不同的语言交际活动所依存语境的差别性和特定语言交际活动中交际参与者对语境的同一性认知认同。在不同的语言交际活动中,语境差别决定了同样的语言单项从现象上反映出的语义差异和同样语义在表述中的语用差异,而交际参与者对语境同一性认知认同的准确程度则决定了交际能否成功,因为语境差别直接体现了语境的语义制约功能和语用制约功能,而对语境同一性的认知认同则体现了语境对语言交际效果的制约功能。〔69〕语境的社会性和同一性认知认同意味着语境不仅在交际双方间发挥作用,而且是社会的,具有社会性。

在商标法中,语境的普通性最为典型地体现在商标法的主体标准上。不管是相关公众还是消费者,均是普通的,消费者“语境化的一个关键方面是忽视粗心的和高度注意的消费者,……从各个方面来看,从定量的意义上分析一个‘平均数’是没有意义的,因为普通消费者拥有大量的变量,并且缺乏在现实生活中测试它们的能力”。〔70〕语境论方法中的语境必须排除非常情况和例外情况,而只考虑普通情况。在商标侵权的混淆可能性判断中,尽管美国不同巡回上诉法院采用的分析因素数量不同,最少的只有6个,最多的达13个,大部分是7个或8个,但实证的统计学研究表明,只有商标的相似性、被告的故意、商品的类似性、原告商标的强度、实际混淆的证据才是对混淆可能性有决定性影响的核心因素。〔71〕混淆可能性判断的多因素统计分析表明,语境具有普通性,个别的、特殊的语境对某消费者或其某次具体消费决策可能有影响,但无法作为混淆可能性分析的基本依据。

#### (四) 语境必须是全面的

语言的语境的内容非常广泛,理论上,一切影响和制约语言存在与变化的因素都可称为语境。但对于具体语言对象而言,不同语境因素对语言的影响与制约有强弱之别,有些甚至微乎其微。〔72〕尽管如此,若要正常发挥作用,在构成上语境必须较为全面,缺乏某些语境尤其是缺乏重要的关键语境可能导致语境的功能无法正常发挥,继而导致表达和理解上的不确定性甚至歧义。比如,在翻译时,“语境的构成因素包罗万象,某一种语境因素的缺失都可能对语境的制约功能产生影响”。〔73〕

在商标法中,语境也应尽可能全面,缺失一些语境尤其是重要的关键语境必然会影响案件的处理结果。仍以混淆可能性判断为例,美国关税与专利上诉法院在一个案件中指出:“在每一个涉及混淆可能性的案件中,(裁决者)有责任在考虑所有证据的情况下,找出混淆是否可能出现。”〔74〕欧洲法院认为:“必须在考虑到与案件情况有关的所有因素的情况下,整体地评价混淆可能性。”〔75〕也就是说,混淆可能性虽取决于全部因素的整体决定,但前提是必须考虑每一因素尤其是关键因素。忽略关键语境因素,案件的处理结果必然错误。如在“天下第

〔69〕 参见韩彩英:《语境的制约功能及其表现形式》,《语言文字应用》2000年第4期,第38页。

〔70〕 Rasmus Dalgaard Laustsen, *The Average Consumer in Confusion-based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions*, Springer International Publishing, 2020, p. 375.

〔71〕 See Barton Beebe, *An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement*, 94 (6) Cal. L. Rev. 1581, 1642 (2006).

〔72〕 参见韩彩英:《语境本质论》,《自然辩证法通讯》2004年第5期,第47页。

〔73〕 皮远长:《略论语境歧义的产生》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》1999年第1期,第119页。

〔74〕 In re E. I. DuPont DeNemours & Co., 476 F.2d 1357, 1362 (CCPA 1973).

〔75〕 11 November 1997, case C-251/95, Sabèl v. Puma, EU:C:1997:528, para. 22.

一庄”案中，<sup>[76]</sup>一、二审法院均认定被告穆柯寨公司使用“天下第一莊”字样的行为属于商标性使用，而最高人民法院再判决却认为，被告在其相关产品上使用“天下第一莊”作为台儿庄的别称，发挥地名标识的作用，构成商标法第59条第1款规定的正当使用，未侵害案涉商标权。台儿庄古称“天下第一庄”，再审法院认为，台儿庄地区企业在其产品或者包装上普遍使用“御笔”及“天下第一莊”字样，意在指明其所在地曾被乾隆皇帝御笔封为天下第一庄，这一事实进一步强化了“天下第一莊”的装饰性、描述性，弱化了其来源识别性，这一关键语境因素导致再审改判。

#### （五）语境必须是整体的

语境不仅是全面的，而且是整体的，具有一定的内部结构。认知语境趋向于把语境视为整体的，各因素是相互交融、相互关联、相互作用的；认知语境的整体性表现在语境各因素之间不是独立运作和起作用的，而是整体地相互关联、相互作用，共同对意义建构和诠释产生影响。<sup>[77]</sup>“作为一个独立存在的语用要素，语境本身是一个整体，内部包含了众多的子因素，这些子因素并不是平面地罗列和杂乱地堆砌，而是有一定的结构和层次”；“无论语境因素的复杂或者简单，其整体的性质都要给予充分的重视”。<sup>[78]</sup>

在商标法中，商标符号使用的语境必须是整体的。仍以商标侵权判断为例，尽管在决定是否在混淆可能性时，多因素测试法中的每一因素既不是充分条件，也不是必要条件，但美国第九巡回上诉法院指出，“在一个给定的案件中，事实的总和才是决定性的”。<sup>[79]</sup>而欧洲法院则自始就明确指出，混淆可能性必须整体地进行判断，即商标的近似性、商品的类似性、商标构成要素的显著性等有助于消费者感知混淆的因素均须全面看待，而不是被视为一种检查清单，这种方法考虑消费者面前所有的可感知的信息而在潜意识层面进行处理，隐晦地寻求捕捉消费者作出购买决定的整体方式。<sup>[80]</sup>

## 四、运用语境论方法确定商标法法律事实的具体步骤

由于不同商标法问题面临的语境不同，商标法问题的设定是语境论方法运用的第一步，语境论方法的核心是识别和重构商标符号使用的语境，之后就可以在重构的语境下解决商标法问题。因此，运用语境论方法确定商标法法律事实要经过商标法问题的设定、语境的识别、语境的重构及重构语境下商标法问题的解决等具体步骤，下面结合“天下第一庄”案阐述语境论方法运用的具体步骤。

### （一）商标法问题的设定

从商标法的制度构造来看，商标法既包括程序性规定，也包括实体性规定。程序性规定一般与商标符号的意义无关，不直接涉及商标法问题的实体处理和法律事实，因此无需适用语境论方法处理相关纠纷。实体性规定中注册商标转让、许可、质押等问题只是注册商标专用权在

[76] 参见河北省石家庄市制酒厂有限公司与山东穆柯寨酒业有限公司等侵犯商标权纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民再210号民事判决书。

[77] 前引[61]，周淑萍书，第127页。

[78] 前引[53]，王建华等书，第60页以下。

[79] Rodeo Collection, Ltd. v. West Seventh, 812 F.2d 1215, 1217 (9<sup>th</sup> Cir. 1987).

[80] Ilanah Fhima & Dev S. Gangjee, *The Confusion Test in European Trade Mark Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 8-9.

相关当事人之间的流转，一般不涉及商标符号的意义和商标符号的使用，因此同样无需适用语境论方法处理相关纠纷。商标法实体规定中的其他内容主要包括商标权取得中的商标构成问题和商标侵权构成问题，前者可以分为商标显著性、商标不属于法定禁用标志、商标的非功能性、商标与在先权利冲突等问题，后者可以分为混淆可能性、商标淡化、商标正当使用、商标权用尽以及商标先用权等问题。这些实体问题不仅大多涉及商标符号的意义、商标符号使用的具体性质，而且直接与商标法问题的实体处理有关，因此是语境论方法运用的主要领域。在适用商标法时，必须首先正确设定所欲处理的商标法问题，才可能恰当识别与重构语境，商标法问题的处理才可能正确。不同商标纠纷涉及不同的商标法问题，因此商标法问题的设定取决于商标纠纷的类型。

笔者认为，设定商标法问题类似于法院审理商标案件时争点的确定，即主要由双方当事人的诉请决定，但又有不同之处，因为商标案件的争点不完全与语境论方法有关，与语境论方法有关的商标法问题主要是与商标符号使用有关的问题。在“天下第一庄”案中，一审法院根据原告的诉讼请求和被告的答辩将案件争点确定为两个：一是被告生产销售涉案商品的行为是否侵害了原告的注册商标专用权；二是如被告行为构成侵权，应承担何种民事责任。其中，第一个争点与商标符号意义有关，需要运用语境论方法进行分析。这一争点事实上又分为两个问题，即被告行为是否构成商标法第57条第1—3项规定的商标侵权行为，以及是否构成商标法第59条第1款规定的正当使用。后一问题的成立可以抵消前者的效果，因而是该案的关键，本文接下来仅分析商标正当使用问题。

## （二）语境的识别

设定商标法问题后，商标纠纷处理机关就要在问题的指引下识别语境，以恰当地解决商标法问题。运用商标符号的过程事实上是一种传递相关信息的交际。在普通交际中，语境是一个动态的过程，是相对于言语行为而言的，它产生、存在并作用于交际主体的言语过程中。语境不完全是预先设定的，而是交际双方在交际过程中共同构建的，是与语用含义、语用推理紧密联系的一个变量。言语活动是一个复杂的动态系统，交际双方需要不断地预测对方的交际意图，也需要不断地分析交际的现实语境因素。<sup>〔81〕</sup>不仅如此，现代语境是一种认知语境，是语用因素结构化后产生的，在一定程度上“是人对语言使用的有关知识，是与语言使用有关的、已经概念化或图式化了的的知识结构状态。语言使用时，交际者根据交际场合的需要，可以自觉或不自觉地激活有关的认知语境内容，使之投入使用”。<sup>〔82〕</sup>在交际中，“认知语境不断被激活，理解每一个话语所需要的相关知识及经验是不同的，因此，交际主体之间需要在话语理解中为每一个话语建构新的语境。每一个话语都蕴含了不同的语境假设，通过语境假设推理而得的语境效果又有可能作为新的语境参与新一轮的话语理解”。<sup>〔83〕</sup>语境论方法中的语境同样如此，不仅取决于涉及的具体商标法问题，而且在商品购买和消费的不同阶段也具有不同的语境，必须结合具体问题和不同阶段来确定，既要重视交际话语的物理环境，也要重视交际者的经验知识及个人的认知能力。由于语境论方法中的语境的非现场性，这里的语境是商标纠纷处理者事先拟制或事后重构的，均需以语境的识别为前提。

〔81〕 参见前引〔34〕，刘澍心书，第77页。

〔82〕 熊学亮：《认知语用学概论》，上海外语教育出版社1999年版，第115页。

〔83〕 胡霞：《略论认知语境的基本特征》，《语言文字应用》2004年第3期，第96页。

既然语境论方法中的语境是外部物理环境刺激与消费者个体的知识、经验和注意力两方面共同作用的结果，这种语境也可以从这两方面入手进行识别。在商标纠纷诉讼中，使用相关商标符号的当事人比较了解自己的商标符号使用的相关经营状况，商标纠纷处理者可以要求当事人提交相关资料和证据，从而全面把握外部环境刺激方面的语境。对于消费者个体的知识、经验和注意力，最理想的是进行消费者调查，以查明消费者对上述外部环境刺激的知识、经验以及商标符号的注意力。但是，消费者调查通常成本较高，因而可以通过由商标纠纷处理者把自己拟制为普通消费者的方式加以替代，商标纠纷处理者也可以通过到商标符号使用的相关行业的公众中进行现场随机访谈的方式，帮助自己形成商标语境的内心确信。商标纠纷处理者应树立语境观念，尽可能利用各方面资源，努力还原纠纷当事人的商标符号使用的商业场景。

如前所述，决定标志使用的性质的不仅是标志所使用的文字、图形。“衡量一个词、短语或图片是否被用作商标的一些常见标志是：较大的字体、全大写字母或首字母、独特的或不同的印刷风格、颜色以及在标签或广告中的突出位置。必须有一些东西可以将声称作为商标的名称与周围的所有材料区分开来。”<sup>〔84〕</sup>这里的字体、大写、首字母、印刷风格、颜色、位置，显然就是标志使用的语境，属于前文所述的商品语境。在“天下第一庄”案中，案涉商标法问题是被告使用“天下第一莊”标志究竟是否构成商标的使用，这不仅要看其文字，更要看标志使用的语境。从双方举证来看，使用“天下第一莊”标志的是第二届中国非物质文化遗产博览会纪念酒及手提袋。纪念酒酒瓶及酒盒上的内容为：生产商为穆柯寨公司；酒盒正面标明了“穆柯寨及图”商标、酒精度、净含量、香型及生产商名称；酒盒右侧自上至下依次为“天下第一莊”（文字逆序排列）、【台儿庄古城】、非遗标识、香型、原料、生产许可证号、产地、客服热线及“叁拾年藏”字样。手提袋上内容为：正面自上至下依次为非遗标识、“第二届中国非物质文化遗产博览会纪念酒”、“中国台儿庄 2012.09”字样及被告穆柯寨公司名称；手提袋左右两侧自上至下均依次为“天下第一莊”（文字逆序排列）、【台儿庄古城】、非遗标识、“中国台儿庄非物质文化遗产产品”字样及电话和网址。案涉商品及包装上的上述除“天下第一莊”标志之外的内容，大体上就是商标语境中的商品语境。此外，与被告使用“天下第一莊”标志有关的语境有：被告使用在白酒上的注册证号为 1405901 的“穆柯寨及图”商标在 2013 年、2016 年均被山东省工商行政管理局认定为“山东省著名商标”，有效期均为三年；原告未提供其注册商标享有较高知名度的证据；二审法院查明台儿庄自古称“天下第一庄”，“天下第一莊”为御笔且被广泛使用；再审法院补充查明台儿庄地区企业在其产品或者包装上普遍使用“御笔”及“天下第一莊”字样，主要系借用乾隆皇帝御笔题写的“天下第一莊”指代台儿庄。这些语境大体上属于商标语境中的非商品语境，主要涉及相关公众对“天下第一莊”标志的认识，“天下第一莊”标志更可能被识别为地理名称台儿庄，而不是一种白酒品牌。

### （三）语境的重构

由于语境具有整体性，是一种有结构和层次的有序构造，仅识别语境是不够的，无法将其运用于商标法问题的处理，必须将识别出的语境进行重构，形成对商标符号使用的市场现实的

〔84〕 前引〔22〕，McCarthy 书，第 3:4 节。

事前拟制或事后重构,以在这种市场现实中处理商标法问题。不管诉讼中的争点被认为是事实争点、法律争点还是证据争点,总离不开法律规定,因为三段论是法律适用的基本逻辑结构,“关于案件事实的陈述的最终形成取决于可能适用于该案件的法规范的选择”。〔85〕因此,语境的重构可以法律规定的构成要件作为基本框架来进行。

就“天下第一庄”案来说,由于该案涉及的主要是商标正当使用问题,因此可以商标法第59条第1款规定的商标描述性正当使用的构成条件为框架进行语境重构。一般认为,商标描述性正当使用的构成条件包括:使用出于善意;不是作为自己商品的商标使用;使用只是为了说明或者描述自己的商品。〔86〕首先,被告使用“天下第一庄”标志的主观状态。由于主观状态难以察知,因此一般需要通过行为人的客观行为反映出来。如果被告的行为不是善意的,一般表现为利用原告商标的商誉销售自己的商品,其前提是原告的商标有较高的知名度,且其知名度一般高于被告的商标,否则被告没有必要利用原告商标的商誉。该案涉及双方商标知名度的语境包括:被告商标连续两次被认定为省著名商标,有效期均为三年,而原告未提供其注册商标享有较高知名度的证据,因此,被告没有必要与可能利用原告商标的知名度,主观上很难被评价为非善意。

其次,被告是否将“天下第一庄”作为自己商品的商标使用。参考前文关于标志用作商标的分析,具体来讲:被告使用的是“天下第一庄”标志,文字逆序排列,原告注册商标标志是“天下第一庄”,文字正序排列;“天下第一庄”标志使用在酒和手提袋的侧面,与“天下第一庄”伴随使用的有【台儿庄古城】、非遗标识、“中国台儿庄非物质文化遗产产品”字样,酒或手提袋正面使用了被告注册商标和/或公司名称以及非遗标识、“第二届中国非物质文化遗产博览会纪念酒”、“中国台儿庄2012.09”。一般而言,“天下第一庄”使用在不太醒目的商品和手提袋侧面而非更醒目的正面、侧面伴随其他描述如台儿庄古城、乾隆御笔以及非遗标志等,表明该标志的使用属于装饰或描述性使用,而不是作为商标使用。

第三,使用“天下第一庄”标志是否为了说明或描述自己的商品。上述酒和手提袋侧面“天下第一庄”标志以及伴随使用的标志、第二届中国非物质文化遗产博览会举办的特殊时间背景、台儿庄地区其他商品使用“天下第一庄”标志等情况都表明,“天下第一庄”标志的使用是为了说明产品来自台儿庄,为台儿庄特产。

#### (四) 重构语境下商标法问题的解决

根据法律规定重构的语境显然不再是散乱的,而是已经形成了一种立体场景,构成商标符号使用的一种市场现实。在“天下第一庄”案中,根据商标法第59条第1款重构的语境可以大概描画为:被告为宣传被乾隆皇帝御封为“天下第一庄”的台儿庄和第二届中国非物质文化遗产博览会,特意制造了一款纪念酒,使用“天下第一庄”标志是为了说明台儿庄是乾隆御封的“天下第一庄”,不是为了借用原告商标的商誉。

语境重构后商标法问题的解决自然水到渠成。不仅如此,由于这种解决方案是在市场现实条件下进行的,尽管这种条件只是一种事先拟制或事后重构,仍然提高了商标法问题解决的确定性。在“天下第一庄”案中,尽管被告在相同商品上使用了与原告注册商标近似的标志,但商标符号使用的市场现实表明,被告使用“天下第一庄”标志符合商标法第59条第1款的

〔85〕 [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第359页。

〔86〕 参见《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》(京高法发〔2006〕68号)第26条。

正当使用的条件，不构成商标侵权。

## 结 语

经过改革开放四十余年来的发展，我国商标法研究已经取得了长足进步，但目前仍很难说已经形成一门独立的商标法学。商标法研究面临着知识转型的艰巨任务，独立的商标法哲学和学理基础、系统的商标法知识体系和独有的商标法运作方法是目前商标法研究知识转型的三大关键任务。<sup>〔87〕</sup>作为商标权客体的商标符号的意义的确定性是商标法法律事实不确定性的特殊来源，而语境对于商标符号意义的最终确定具有无可替代的作用，这共同决定了运用以语境为核心的语境论方法确定商标法法律事实的必要性。本文对语境论方法进行初步研究，尝试建构商标法适用的独有方法，不仅期待为实践提供有用的操作方法，促进商标法确定性的提高，更期待更多学者关注这一问题，促进我国商标法研究的知识转型。

---

**Abstract:** The semiotic attribute of the object of the trademark right determines that the legal facts of the trademark law as well as the trademark law itself has special uncertainty derived from the semiotic meaning. Context has the function of determining the meaning of trademark symbols, so in order to improve the certainty of the trademark law, we must use the context-centered method of contextualism to determine the legal facts. Different from the current static and mechanical semiotic analysis of trademark law, contextualist approach is dynamic and organic. Conscious application of contextualist approach can eliminate the uncertainty of the legal facts of the trademark law more thoroughly and improve the certainty of the trademark law eventually. The nature, content and constitutive conditions of the context are the core contents of the contextualist approach. The context in the contextualist approach is not a purely objective physical context, but a cognitive one combined with the psychological structure of consumers, which can be divided into the commodity context and the non-commodity context. The context in the contextualist approach should be objective, relevant, ordinary, comprehensive and overall. The application of the contextualist approach in the determination of the legal facts can be divided into four steps, namely setting the questions of trademark law, identification of the context, reconstruction of the context, and answering the questions of trademark law in the reconstructed context.

**Key Words:** contextualism, usage as a trademark, distinctiveness of trademark, multifactor test

---

---

〔87〕 参见王太平：《四十年来中国商标法研究的知识增长与知识转型》，《知识产权》2022年第8期，第100页以下。