

商标“显著特征”之内涵重释

谢晴川*

内容提要：商标法中的“显著特征”往往被等同于“显著性”或“来源识别性”，然而其究竟指向影响来源识别性的商标外观要素，还是指向来源识别性的整体，抑或指向与指定使用的商品或服务之间的区分，仍然存在模糊之处。问题的根源在于《巴黎公约》和 TRIPS 协定代表的不同立法模式对我国商标法发展进程的先后影响，以及来源识别性的正面定义方法和反向推断规则之间的混同。解决之道在于明确来源识别性的构成要素，补全反向推断规则。商标的外观要素也是来源识别性的必要组成部分之一，但在不同法域中体现为各异的形态。基于我国的立法传统及实践经验、商标的三元符号结构以及相邻学科的理论借鉴，可以把“显著特征”重释为“商标在符号外观上的、足以影响来源识别的区分性”。

关键词：显著特征 来源识别性 显著性 公有领域

一、问题的提出

显著性直接涉及商标法保护什么以及为什么保护等核心问题。众所周知，保护知识产权就是保护创新。作为知识产权法的核心组成部分之一，商标法一直面临这样一个质疑，即商标法似乎不太在意商标本身的创新价值。即便是最平淡无奇的描述性标志，也可能通过商标使用获得注册。针对这一质疑，有观点认为商标法领域的创新主要体现在建立标志与商品之间联系的商业活动中。^{〔1〕}描述性标志等主要是通过积累商誉建立标志与商品之间的联系，从而获得商标法保护，并在此过程中产生创新价值，因此商标法保护的实质上是商誉。^{〔2〕}然而，由于商誉本身难以准确定义、权利边界难以准确界定，且将商标的保护对象界定为商誉的观点与商标法传统的信息传递模型之间不甚协调，^{〔3〕}基于商誉的保护对象理论与基于来源识别的保护对

* 南开大学法学院副教授。

本文为天津市哲学社会科学规划青年项目（TJFXQN18-001）、中央高校基本科研业务费专项资金资助项目“‘互联网+’环境下新形态商标的立法困境应对研究”的阶段性成果。

〔1〕 See Jeanne C. Fromer, *The Role of Creativity in Trademark Law*, 86 Notre Dame L. Rev. 1885, 1901-1905 (2011).

〔2〕 同上文，第1914页以下。

〔3〕 See Robert G. Bone, *Hunting Goodwill: A History of the Concept of Goodwill in Trademark Law*, 86 B. U. L. Rev. 547, 549, 583-592 (2006).

象理论长期处于争论之中。例如,身处商誉概念扩张时期的商标淡化理论之父弗兰克·谢克特,提出“商标独特性的保持应当成为保护商标的唯一合理依据”。〔4〕谢克特频频使用传统的“显著”和“显著性”概念指代商标的独特性,尽管从内涵与功能来看,其所称的商标独特性已经比较接近于商誉。〔5〕

可见,即使是立足于来源识别,在解释商标法的保护对象时,现代商标法中的“显著”也已经分裂为双层次指向。第一,“显著”可以指向商标整体的独特,其与商标在商业使用中形成的声誉密切相关。例如,我国相关司法解释把商标的“显著性”、“显著程度”与“知名度”、“知名程度”等竞争法概念并列使用。〔6〕这一意义上的“显著”直接影响商标的权利范围和保护强度,与传统理论中的获得显著性有关。第二,“显著”又可以仅指向标志本身具有的、能够影响来源识别的独特。我国商标法把这一意义上的“显著”表述为“显著特征”。例如,如果对商标标志中关联元素的增删、对元素排列方式的改变等达到影响消费者来源识别的程度,就属于“改变注册商标的显著特征”,将直接影响商标撤销以及侵权行为等的判断结果。〔7〕

问题在于,我国商标法仅使用“显著特征”的概念表述。主要原因是,显著性与显著特征长期被视为同一概念的不同表达方式,〔8〕均指向商标的来源识别功能,或称为“区别性”“区分性”“区别能力”。一些既有研究试图加以辨析,但分歧较大。有的认为显著性是区别性的同义语,显著特征是显著性的外在特征。〔9〕有的主张区分能力和显著特征是不同层次的要求,区分能力是成为商标的基本前提,缺乏显著特征并非必然不具有区分能力。〔10〕还有的认为我国把显著性定义为来源识别性是一种误读,显著性这一术语在域外多指向商标与所指定使用的商品或服务之间的区分。〔11〕

“显著”的多重指向,我国立法和司法解释中对“显著性”“显著特征”等概念的选择性使用,以及关于显著性要件内涵的分歧,均表明需要在理论上对来源识别功能的生成机理作重新梳理。基于区分固有显著性与获得显著性的传统解释路径已经饱受质疑。〔12〕尤其需要强调的是,固有显著性主要关注商标标志与所指定使用的商品或服务之间的区分,而忽视了商标在外观上的独特性,直接导致“显著特征”的运用错位。这一忽视主要有两方面的原因:一是关于商标来源识别能力的符号学解释还有待完善;二是国际公约中的概念在不同法域存在不同的解释,我国在混合继受时还存在概念和规则的碎片化问题。本文从这两个原因入手,重释

〔4〕 See Frank I. Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harv. L. Rev. 813, 831 (1927).

〔5〕 “现代商标的价值在于销售力 (selling power), 销售力依存于商标的心理效果。这一心理效果既来源于所使用的商品的优点, 也来源于商标自身的独特或奇异。” 同上文, 第 831 页。

〔6〕 参见《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》(2020 修正) 第 10 条;《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2020 修正) 第 10 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》(2020 修正) 第 12、13 条。

〔7〕 参见付继存:《注册商标使用中的“未改变显著特征”》,《法学研究》2021 年第 6 期, 第 186 页。

〔8〕 “商标的显著特征, 亦即商标的显著性。” 国家知识产权局:《商标审查审理指南》(2021), 第 158 页。另见郎胜主编:《中华人民共和国商标法释义》, 法律出版社 2013 年版, 第 23 页。

〔9〕 参见孔祥俊:《论商标的区别性、显著性与显著特征》,《现代法学》2016 年第 6 期, 第 63 页, 第 65 页。

〔10〕 参见张伟君:《论“不具有区别能力”作为拒绝商标注册理由的适用——与孔祥俊教授商榷》,《知识产权》2015 年第 8 期, 第 20 页, 第 21 页。

〔11〕 参见刘铁光:《商标显著性: 一个概念的澄清与制度体系的改造》,《法学评论》2017 年第 6 期, 第 87 页以下。

〔12〕 参见王太平:《商标法: 原理与案例》, 北京大学出版社 2015 年版, 第 66 页。

商标“显著特征”的概念内涵。由此，实践中的一些疑难问题如非传统商标的注册条件、地名及人名的可注册性等，也有望找到新的解决路径。

二、“显著特征”在我国商标立法中的演进

长期以来，我国商标法中的“显著特征”被认为是显著性的另一表达方式。随着源于美国商标实践的“显著性五分法”^[13]成为我国判断显著性的主流方法，显著性又获得“与指定使用的商品或服务相区分”的内涵，进而与“显著特征”的一些惯常用法产生矛盾。例如，增删商标中的关联元素可能导致注册商标的显著特征被改变，而发生变化的显然并非商标与指定使用的商品或服务之间的区分。破解上述问题的关键，首先在于探寻“显著特征”这一概念是如何进入我国商标立法的，之后经历了哪些演进过程，相比域外类似概念的演进过程又有哪些独特之处。

（一）“显著特征”概念的初始内涵：外观明显

对商标“显著”的要求，在我国最早可追溯到清末及民国时期商标立法中的“特别显著”。清政府1904年《商标注册试办章程》第1条规定：“以特别显著之图形、文字、记号……是为商标之要领。”整个民国时期的商标立法中也都有类似“商标所用之文字、图形、记号或其联合式应特别显著”的要求。^[14]有学者指出，上述规定来源于1875年的英国商标立法。^[15]1875年英国商标注册法第10条规定，注册商标需要有“本质性的特殊细节”，其中列举的第一种情形便是“商标为印刷、铭刻或织入的个人或公司名称，表现方式特别且显著（in a particular and distinctive manner）”。^[16]另一个历史原因是商标注册取得主义的影响。清政府的商标立法工作因涉及领事裁判权等，遭到西方列强的阻挠反对。^[17]日本政府则视其为良机，深入参与清政府的商标立法起草工作，以推介当时日本商标立法采用的注册取得主义，为日本商人在中国抢注、仿冒欧美知名品牌打开方便之门。^[18]“特别显著”要件仅要求商标具有明显的视觉外观，对注册的门槛要求较低，符合注册取得主义的内在要求。

中华人民共和国成立后的第一部商标法规即1950年《商标注册暂行条例》，也沿袭上述表达习惯，规定“商标上的文字、图形，应特别显著，并应有一定的名称和颜色”。明确采用“显著特征”概念的是改革开放以后的第一部商标法即1982年商标法。被要求具有显著特征的仍然是“商标使用的文字、图形或者其组合”，且必须“便于识别”。“便于识别”的要求

[13] 显著性五分法根据标志与商品或服务之间的联系密切程度，将标志谱系化地分为臆造性标志、任意性标志、暗示性标志、描述性标志和通用标志五类。一个标志与它所指定使用的商品或服务之间的区别越明显，则在这类商品或服务上的固有显著性越强。

[14] 参见冯晓青、杨利华主编：《中国商标法研究与立法实践——附百年商标法律规范》，中国政法大学出版社2013年版，第90页，第101页，第112页，第132页，第145页。

[15] 参见前引〔9〕，孔祥俊文，第64页。

[16] Edward Morton Daniel, *The Trade Marks Registration Act, 1875, and the Rules Thereunder*, Stevens & Haynes, 1876, pp. 6-7, also see the HathiTrust Digital Library, <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112105404224&view=1up&seq=13&skin=2021>, last visited on 2021-09-10.

[17] 参见屈海梅：《清末中外关于〈商标注册试办章程〉交涉史实考评》，《历史档案》2012年第4期，第94页。

[18] 参见〔日〕本野英一：《1923年〈商标法〉施行前后的外国企业商标保护体制——以中日和中英商标权纠纷分析为中心》，谢晴川译，载陈夏红主编、何天翔等编：《中国知识产权法》，中国大百科全书出版社2018年版，第327页。

来自1963年《商标管理条例》，指向的也是商标的外观明显。^[19]可见，1982年商标法主要是更换概念的称谓，“显著特征”的概念内涵仍然沿袭“特别显著”指向的“商标外观明显”。

上述注册条件能够得到长期沿袭，一个原因在于，其基本符合当时以《保护工业产权巴黎公约》（《巴黎公约》）为代表的商标国际保护体制。《巴黎公约》自1911年华盛顿文本起即明确规定，成员国可因商标具有以下情形而不赋予其法律保护：（1）商标缺乏显著特征（distinctive character）；（2）或者仅由描述商品的种类、质量、数量、原产地等特征的符号组成；（3）或者已经成为商业实践中的惯用标志。^[20]关于三种情形之间的逻辑关系，世界知识产权组织发布的《保护工业产权巴黎公约1967年斯德哥尔摩文本适用指南》（以下简称“《巴黎公约适用指南》”）认为需分别考虑，理由是海牙修订会议和伦敦修订会议上都曾有关提案试图将这三项予以合并，但均未成功。^[21]公约国际局于公约一百周年之际出版的《保护工业产权巴黎公约：从1883到1983》一书则认为，上述条文中后两项的“或者”一词实为例示，用以列举缺乏显著特征的典型情况。^[22]总之，《巴黎公约》没有明确定义什么是显著特征，关于“缺乏显著特征”与之后列举的两类情形之间的关系，也存在不同的解释。国外有学者指出：“（从这些条款的）结构和文字表述来看，与其说是深思熟虑的立法工作的结果，不如说是妥协的产物。”^[23]我国既往立法中外观“特别显著”“有一定的名称和颜色”的注册条件，至少在形式上符合《巴黎公约》的要求。

（二）从“显著”到“来源识别”的三种演进模式

随着商标法的发展，特别是混淆理论成为商标侵权理论的基石，商标的来源识别标识属性得到进一步诠释与强调。各国立法者都曾面临一个难题，即如何科学地规定商标的来源识别性要件，同时满足《巴黎公约》中对显著特征、非描述性等的要求。此外，国际贸易领域也开始重点关注知识产权保护问题，其产物TRIPS协定的国际影响力至少不亚于《巴黎公约》。在上述因素的影响下，相关国际公约以及主要法域的商标立法主要形成了三种演进模式。

第一种模式是分别规定来源识别性要件、显著特征要件以及非描述性标志要件，同时用“变得显著”（become distinctive）表征标志经由使用获得来源识别能力的情形。这一模式以欧盟当代商标立法为代表。以2017年《欧盟商标条例》为例，其第4条规定欧盟商标必须能够区分商品来源。其第7条第1款具体列举商标注册的绝对禁止事由，^[24]其中（a）项规定，标志需要符合第4条对商标的定义，包括具有来源识别能力，（b）（c）（d）三项移植自《巴黎公约》，分别规定不具有显著特征的商标、仅含有描述性标志的商标、仅含有该领域惯用标志的商标不能获得注册。第7条第3款规定，如果标志通过商标使用变得显著，则第1款（b）（c）（d）三项不予适用。欧盟知识产权局发布的《欧盟商标审查指南》指出，根据业已确立

[19] 1963年《商标管理条例》第4条规定：“商标要有一定的名称，构成商标的文字和图形应当简单明显，便于识别。”

[20] 在1911年的华盛顿文本中为第6条第2款第2项，在公约最后的1979年斯德哥尔摩文本中发展为第6条之5的B款。

[21] See *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property as Revised at Stockholm in 1967*, 1968, p. 115, https://www.wipo.int/freepublications/en/intproperty/611/wipo_pub_611.pdf, last visited on 2021-09-10.

[22] See The International Bureau of Intellectual Property, *The Paris Convention for the Protection of Industrial Property from 1883 to 1983*, WIPO Publication, 1983, p. 42.

[23] Annette Kur & Martin Senftleben, *European Trade Mark Law: A Commentary*, Oxford University Press, 2017, para. 2.46.

[24] 绝对禁止事由指的是任何人注册商标时都不得违反的情形。相对禁止事由指的是特定人注册商标时不得违反的情形，例如美术作品的著作权人之外的人，未经权利人允许不得把该美术作品注册为商标。

的判例规则，(b)项中的“显著特征”指的是标志在指定使用的商品或服务类别上具有的来源识别与区分能力。^[25]《指南》还指出，(a)项指向的是成为来源识别标志的抽象能力，与指定使用的商品或服务类别无关，一个具体例子是“Trademark (商标)”一词，它在任何商品或服务上都不可能成为商标。^[26]《欧盟商标指令》也采取上述立法模式，对成员国的国内商标立法具有拘束力。

第二种模式是分别规定来源识别性要件和非描述性标志要件，同时用“变得显著”或者“显著性的获得”表征标志经由使用获得来源识别能力的情形。这一模式的代表是美国兰哈姆法和 TRIPS 协定。美国兰哈姆法第 2 条首先规定具有来源识别功能的商标应当获得注册，接着分项规定不予注册的例外情形。其中 (e) 项规定，纯粹描述所使用商品的标志、与商品相关的地理名称、姓氏等原则上不能获得注册。(f) 项规定，如果上述标志通过商标使用变得显著、获得了显著性，则应当获得注册。这一立法模式弃用了《巴黎公约》中的“显著特征”。美国主导下制定的 TRIPS 协定第 15 条第 1 款也采用类似的模式。^[27]值得一提的是，我国台湾地区 1993 年商标法第 5 条把使用多年的“特别显著”要件修改为来源识别性要件，并规定，通过使用已成为来源识别标识的，应“视为具有特别显著性”。^[28]上述修改发生在 TRIPS 协定 1990 年草案公布之后，其具体规定也比较接近 TRIPS 协定采用的美国立法模式。

第三种模式是仅规定来源识别性要件和非描述性标志要件，完全弃用“显著特征”和“显著性”。这一模式以日本、韩国以及我国台湾地区的现行商标立法为代表。日本商标法自 1959 年开始弃用“特别显著”的表述，转为在其第 3 条第 1 款中以兜底条款的形式确认注册商标必须具有来源识别能力，并分项规定通用名称、纯粹描述性标志等原则上不能获得注册。其第 3 条第 2 款则规定，纯粹描述性标志等经由使用具备来源识别能力的，可获得注册。在当今的日本商标法律实践中，“显著”一词多用于指代哪些元素构成商标标志的主体部分，^[29]回归了“显著”这一汉语词汇的本来含义。我国台湾地区商标立法也于 1997 年彻底弃用“特别显著”的表述，把“视为具有特别显著性”改为“视为已符合前项规定”。值得一提的是，我国台湾地区学者曾陈明汝的《商标法原理》一书曾经对我国早期商标法研究产生较大影响。该书中同时存在“显著性”“识别性”“特别性”等多种概念表述，认为“商标应具有特别性与甄别力，亦即应具有显著性……故‘显著性’或称‘识别性’应为商标构成之要素”。^[30]从该书自序来看，其成书背景恰是 2000 年以前，处于我国台湾地区商标立法的转型时期，因此存在多种概念称谓并用的情况。

(三) 我国法中的“显著特征”与第一种立法模式的对比

问题在于，我国商标法遵循的是哪种模式，以及能否从中推导出“显著特征”概念的应然内涵。整体而言，我国改革开放以来的商标立法已经趋向世界发展主流，建立起以来源识别

[25] EUIPO, Guidelines for Examination on EU Trade Marks (31/03/2022), p. 365, <https://guidelines.euipo.europa.eu/binary/1935303/2000000000>, last visited on 2022-07-08.

[26] 同上引指南，第 348 页。

[27] “任何标记或标记的组合，只要能够将一企业的货物或服务区别于其他企业的货物或服务，即能够构成商标……如标记无固有的区别有关货物或服务的特征，则各成员可以由通过使用而获得的显著性作为注册的条件。”

[28] 参见前引 [14]，冯晓青等主编书，第 361 页。

[29] 例如，在判断商标是否与国旗国徽等相似时，需要考虑国旗国徽等是否在商标标志整体中居于主要部分。参见日本特许厅：《商標審査基準》（改订第 15 版），第 4-1-1 节，第 2 页。

[30] 参见曾陈明汝：《商标法原理》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 26 页。

性为核心的商标注册条件。1982年商标法修改明确引入“显著特征”，使概念表述在形式上更加接近于《巴黎公约》。2001年商标法全面修改，第8条规定注册商标必须是具有来源识别能力的标志；第9条第1款把“应当有显著特征且便于识别”的对象更改为申请注册的商标，而不再是构成商标的元素；第11条否定一律禁止注册通用名称和描述性标志的做法，转为规定这些标志经过使用获得显著特征并便于识别的，可以注册。上述规定基本沿用至今。由于我国商标法分别规定来源识别性、显著特征和非描述性，用“显著”表征通过使用获得来源识别能力的情形，主要参照的应当是前述第一种即欧盟的立法模式。

那么，我国现行商标法中“显著特征”的内涵是否契合第一种立法模式？这需要首先理清第一种立法模式中“显著特征”的指向。《欧盟商标条例》保留《巴黎公约》中列举的三种禁止注册情形，将其规定为第7条第1款（b）（c）（d）项中的“缺乏显著特征”“仅含有描述性标志”“仅含有该领域惯用标志”。关于其中“显著特征”的具体含义是什么，与其他两项之间是什么关系，欧盟法院和商标行政部门试图协调《巴黎公约适用指南》和《保护工业产权巴黎公约：从1883到1983》等官方文件中体现的不同观点，确立如下规则：第一，《欧盟商标条例》第7条第1款列举的各项禁止注册条件之间存在重叠，需要基于每一情形所代表的公共利益，独立地作出判断；第二，“显著特征”是指标志在指定使用的商品或服务类别上具有的来源识别与区分能力，必须结合商品或服务类别作情景化判断；第三，纯粹的描述性标志必然在该类商品或服务上缺乏显著特征。^[31]从以上规则可知，（c）项规定的“仅含有描述性标志”的涵盖范围小于（b）项规定的“缺乏显著特征”。那么哪些商标属于并非仅含有描述性标志，但缺乏显著特征？《欧盟商标审查指南》列出的一种情形是“尽管标志不是显而易见地在描述商品或服务，但会被相关公众感知为仅展现商品或服务的本质属性，而非指示来源”。^[32]区别在于，（b）项指向的是商标“整体被感知为描述标志，从而被认为缺乏显著特征”，（c）项是商标“仅含有描述性标志”。（c）项的覆盖范围小于（b）项，因为“仅含有”必然会导致“整体被感知为”。《指南》列出的另一种缺乏显著特征的情形是“从语法结构来看，在该领域的广告宣传或商业环境中会被感知为常见标志”。这一情形与该款（d）项规定的“仅含有该领域惯用标志”之间存在一定的相似，区别同样在于（d）项的覆盖范围小于（b）项，因为商标“仅含有惯用标志”必然会导致商标“整体被感知为惯用标志”。

由此可见，《欧盟商标条例》第7条第1款（a）（b）（c）（d）项中列举的商标禁止注册条件之间，实际上并非简单的并列，而是存在种属关系。外延较大的上位要件涵摄外延较小的下位要件，下位要件由于外延更小、更为具体，在适用上具有便利性与优先性。具体而言，（a）项规定的“缺乏来源识别能力”是范围最大、最抽象的绝对禁止事由，但范围最大、最抽象也意味着缺乏具体明确的判断标准。因此实践中先根据（c）项判断商标是否属于指定使用的商品或服务类别上的纯粹描述性标志。若属于，则直接依据（c）项予以初步排除，尽管纯粹描述性标志也必然符合（b）项的规定。只有在商标并非纯粹的描述性标志、但又整体上被感知为描述标志的情况下，才推断为缺乏显著特征，适用（b）项予以禁止。欧洲法院在“Companyline”商标案中强调，商标注册申请必须克服全部绝对禁止事由，而对于注册审查而

[31] 前引[25]，《欧盟商标审查指南》，第338页，第365页。

[32] 《指南》举的一个例子是欧盟“medi”商标案（同上引《指南》，第365页）。法院认为，由于“medi”为“医药”“医疗”等词的主要组成部分，使用在医药产品上时，相关公众只会将其感知为展示产品用途的标志，而非来源识别标志。T-470/09, medi GmbH & Co. KG v OHIM (General Court 2012), § 22.

言，只要符合单个绝对禁止事由，就能直接驳回注册。^[33]“该领域惯用标志”的判断同理，先判断是否属于范围更小、更具体的“仅含有该领域惯用标志的商标”，再判断是否属于范围更大、更抽象的“缺乏显著特征”。(c)项与(d)项都是最为具体的条件，这两项之间方为并列关系。只有结合上述要件的体系构造，才能充分理解(b)项中“显著特征”的具体指向。

由此可以明确第一种立法模式中“变得显著”所对应的绝对禁止事由。《欧盟商标条例》第7条第3款规定的是，如果标志通过商标使用变得显著，则该条第1款(b)(c)(d)三项不予适用。根据三项之间的种属关系，第3款与三项中涵摄最广的“缺乏显著特征”相对应。因此，“变得显著”指的是欧盟现代商标法语境下的获得显著特征，即在指定使用的商品或服务类别上获得来源识别与区分能力。第7条第3款不涉及(a)项，因此如果缺乏的是最抽象的、与商品或服务类别无关的来源识别能力，则无法通过使用获得注册。

与欧盟的上述模式不同，我国商标法中的绝对禁止事由并没有采用类似的种属式排列，其中的“显著特征”也没有施加“在指定使用的商品或服务类别上”的限定。首先，我国商标法第9条第1款仅要求注册商标必须具有显著特征。尽管这里的“显著特征”亦存在限缩解释为“在指定使用的商品或服务类别上的来源识别能力”的空间，但不可忽视的是，其后还附加有在既往立法中用于表征商标本身外观明显的、与商品或服务类别无关的“便于识别”。其次，根据第11条的规定，除通用名称、描述性标志外，其他缺乏显著特征的标志原则上亦不得注册，除非经过使用获得显著特征。该条既没有施加“在指定使用的商品或服务类别上”的限定，也没有规定如何加以认定。质言之，很难认为我国商标法中的“显著特征”遵循了欧盟商标立法中“显著特征”的演进路径。

与此相对，我国商标行政部门则倾向于结合指定使用的商品或服务类别判断是否具有“显著特征”。2021年发布的《商标审查审理指南》认为，“其他缺乏显著特征的标志”是指“其他作为商标使用在指定使用商品上不具备商标的显著特征的标志”。^[34]其中列举的具体情形，包括普通几何图形、一个或两个普通表现形式的字母等过于简单的商标，过于复杂的商标，表示商品或者服务特点的短语句子或者普通广告宣传用语，企业的组织形式、行业名称或简称，常用祝颂语，网络流行词汇及表情包，格言警句等。上述列举部分源于我国的商标实践，部分源于《巴黎公约适用指南》。^[35]欧盟法院也坚持认为，按照欧盟商标立法，即使是单字母，也需要基于指定使用的商品或服务判断是否具有显著特征。^[36]可见，相较于立法，我国的商标审查实践更倾向于按照第一种立法模式解释“显著特征”。然而，能否用欧盟现代商标法的做法解释我国商标法中的“显著特征”，尚待商榷。原因在于，我国商标法中的“显著特征”并非源于2001年或1982年修法时的“空降”，而是部分承继自我国百年来商标立法所沿用的“特别显著”，并没有完全遵循欧洲式的演进路径。

总之，我国商标立法中“显著特征”的概念演进具有自身的特点，甚至可以说是百年来建构近现代法律制度之艰难探索的一个缩影。我国商标法中的“显著特征”概念具有“外观

[33] C-104/00 P, DKV Deutsche Krankenversicherung AG v OHIM (ECJ 2002), § 28.

[34] 前引[8],《商标审查审理指南》,第219页。

[35] “缺乏显著特征的例子包括标志过于简单;过于复杂;已经被纳入通常使用;尽管不是仅包括描述性标志或通用名称,但附加的其他元素仍无法区分商品来源。”前引[21],《巴黎公约适用指南》,第115页。

[36] C-265/09 P, OHIM v BORCO-Marken-Import Matthiesen (ECJ 2010), § 39.

明显”的初始内涵，被视为一种可以与指定使用的商品或服务类别无关的、更为抽象的条件。然而，“显著特征”在我国有时又被解释为“与指定使用的商品或服务相区分”的能力。这一观点的产生，则可以主要归结于 TRIPS 协定及其所代表的美国商标立法模式的影响。

三、“显著特征”被片面等同于“与商品相区别”的原因

在 TRIPS 协定的影响下，我国的商标法制度与理论也大量吸收借鉴美国的做法。受源于美国的“显著性五分法”的影响，“显著性”获得“与指定使用的商品或服务相区分”的概念内涵，进而导致来源识别性及“显著特征”有时被片面化为“与指定使用的商品或服务之间的区别”。同时吸收不同法域的成果，固然容易导致制度和理论的碎片化，但也为深入比较乃至理论整合、本土创新提供了基础。在美国兰哈姆法以及 TRIPS 协定的相关条文中，能够找到上述片面化的原因，为完整还原商标的来源识别性进而诠释我国商标法中“显著特征”的应然内涵提供理论启示。

（一）来源识别性的反向推断与正面定义

在学理上，“来源识别性”比“显著性”更为清晰、准确。“显著性”之所以成为学术研究中更为常用的概念表述，与 TRIPS 协定存在较大关联。TRIPS 协定相较于《巴黎公约》的一个进步之处，是在其第 15 条第 1 款中规定，各成员可以把“由通过使用而获得的显著性”规定为商标注册的条件。我国于 2001 年加入世界贸易组织，同年在商标法第 11 条中增设“通过使用获得显著特征”的注册规则。值得注意的是，尽管《欧盟商标条例》没有直接使用“显著性”概念，但以《欧盟商标审查指南》为例，欧盟商标法律实践中也经常采用“显著性”的表述，并将其等同于立法中的“显著特征”。如同前述，我国台湾地区在加入 TRIPS 协定的前后存在立法转型期，这一时期的概念混用也影响了我国早期的学术研究。以上因素结合起来，造成“显著特征即显著性即来源识别性”的通常理解。

然而，要将 TRIPS 协定第 15 条第 1 款中的“显著性”等同于商标的来源识别性，需要有一定的语境。该款表述较为简略，其规范的源头——美国兰哈姆法第 2 条是更合适的分析对象。从兰哈姆法第 2 条的逻辑结构来看，其中至少存在两层排除关系。第一层是商标可注册情形的排除，即直接规定禁止注册的特定情形。从一般的逻辑习惯出发，或许应当正面定义什么是来源识别能力，并且像 1875 年英国商标注册法那样，具体列举哪些标志可以构成商标。然而，商标来源识别性的涵盖范围极大、极为抽象，现代社会中的商标也千姿百态，这些都导致来源识别性的正面定义与列举极为困难。因此，兰哈姆法第 2 条采取反向列举的方式，直接规定商标缺乏来源识别性的情形并禁止其注册，包括该条（e）项规定的纯粹描述指定使用的商品或服务的标志、与商品相关的地理名称等。第二层是在特定条件下，排除前述禁止注册情形的适用。所谓特定条件下，是指标志经由商标使用获得来源识别能力，兰哈姆法将其表述为“变得显著”以及“获得显著性”。

因此，在兰哈姆法第 2 条的适用中，需要证明获得显著性的，只是纯粹描述指定使用的商品或服务的标志、与商品相关的地理名称等。阻碍它们具备来源识别能力的因素，主要是难以与指定使用的商品或服务相区分。如果能证明它们获得了相应的区分能力，即“获得了显著性”，基本上就能反向推定其具备来源识别能力。由此，关于上述条文中“显著性”的具体指向，可以存在不同理解。例如，在这类情形中，妨碍标志成为商标的主要原因，就是商标与指

定使用的商品或服务之间难以区分，那么“获得显著性”可以解释为商标获得与商品或服务之间的区分性。再如，整套规则解决的确实是来源识别能力的认定问题，在此语境下“获得显著性”又可以解释为来源识别性的获得。美国商标法律制度中的“显著性”也由此成为一个具有双重含义的概念，以至于美国专利商标局发布的《商标审查程序手册》还另设“显著性的程度”（degree of distinctiveness）的概念，用于特指商标与商品或服务之间的区分性。^[37]

由此可见，所谓“显著性”的双重含义，实际上仅能存在于特定语境下，即兰哈姆法第2条这样的反向推断来源识别性的规则中。该条并没有正面定义什么是来源识别性，也没有正面列举哪些情形具有来源识别性。立法中对来源识别性是采取正面定义还是反向推断，取决于效率与公平的取舍。商标立法的主要目的之一是建立商标注册制度，注册商标审查是商标法律制度的重要一环，审查效率直接关系到整套法律制度的运行效果。就商标的注册审查而言，反向列举标志不具有来源识别性的情形，通过逐一过滤的方式反向推定来源识别能力，不失为一种确保审查效率的成熟做法。在逻辑学上，反向推断规则中列举的不具有来源识别性的情形，都属于构成来源识别性的必要非充分条件，即单一条件只能用于否定来源识别性，只有全部条件都具备时，方能肯定来源识别性。唯有在相关规则中体系化地纳入构成来源识别性的各项必要条件，才能比较全面、高效地反向推断来源识别性。

（二）“显著性五分法”的反向推断规则属性

从我国商标法第11条第1款对通用名称、描述性标志的明确列举来看，其理论依据是源自美国商标法学的“显著性五分法”。^[38]该分类法最主要的特征，是根据标志与特定类别商品或服务之间的联系密切程度，对标志作谱系化分类。标志与商品或服务之间的区别越明显，标志相对这类商品或服务的固有显著性就越强。在既有研究中，显著性五分法常被批评存在两个局限，这些局限都指向其排除法本质。

第一，显著性五分法主要适用于文字商标，对于商业外观（trade dress）以及声音商标、单一颜色商标等新形态商标作用有限。在美国商标实践中，用于判断商业外观的主要方法是西布鲁克测试法（Seabrook test）。该方法诞生时间更晚，强调把商业外观显著性的判断归纳为四个要素，基于消费者的感知，综合判断商业外观是否具有来源识别功能。^[39]美国联邦最高法院曾在“Two Pesos案”判决中确认，显著性五分法能够适用于商业外观，^[40]但部分下级法院判决仍然坚持认为商品外观与商品自身密不可分，难以适用显著性五分法，由此引发诸多争议。^[41]美国联邦最高法院转而在“Wal-Mart案”判决中强调商品包装和商品外观的区分，指出颜色等商品外观不可能是任意性、臆造性或者暗示性的，因此只能通过取得“第二含义”确立显著性。^[42]质言之，显著性五分法至少在商品外观显著性的实际判断中意义不大。美国

[37] “显著性的程度，或者从另一个方面来看描述性，仅能根据其特定商品或服务的联系进行判断。” USPTO, *Trademark Manual of Examining Procedure* (July 2021), p. 1200-61.

[38] 该方法由美国1976年的“Abercrombie案”判决确立，因此又被称为“阿贝克隆比分类法”（Abercrombie Taxonomy）。See *Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc.*, 537 F.2d 4 (2d Cir. N.Y. 1976).

[39] 四个要素分别是：（1）是否属于通用的“基本款”设计或外观；（2）在特定领域内是否独一无二或者不常见；（3）是否仅把公众广为知晓的某类商品上的常见装饰形式予以改进；（4）是否能够创造不同于所搭配词语的商业印象。See *Seabrook Foods, Inc. v. Bar-Well Foods Ltd.*, 568 F.2d 1342 (C.C.P.A. 1977).

[40] See *Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763 (1992).

[41] See Rohit A. Sabnis, *Product Configuration Trade Dress and Abercrombie: Analysis of Ashley Furniture Industries, Inc. v. SanGiacomo N. A. Ltd.*, 1 Minn. Intell. Prop. Rev. 183, 193 (2000).

[42] *Wal-Mart Stores v. Samara Bros.*, 529 U.S. 205 (2000).

《商标审查程序手册》也在商业外观显著性的判断中，强调西布鲁克测试法的核心地位，认为应着重判断相关公众是否将其感知为来源识别标志。此外，在2006年缔结、已拥有52个正式成员的《商标法新加坡条约》（我国已签署，但尚未正式加入）的进一步推动下，各国商标立法都开始承认单一颜色商标等新形态商标。然而在具体审查中，这些商标往往被要求证明取得“第二含义”，^[43]理由也在于商标与商品本身不易区分，难以适用显著性五分法。

第二，显著性五分法对“显著性”强弱的判断过于形式化，而商标的生命在于实际使用。例如，在显著性五分法的谱系化分类中，任意性标志比暗示性标志更为“高级”。但不能一概地说，使用在笔记本电脑上的任意性标志“苹果”，必然就强于暗示性标志“ThinkPad（会思考的小本子）”。^[44]

关于第一点局限性的原因，美国有商标法学者曾指出，显著性五分法对应的是“隐喻”这一可追溯到亚里士多德《诗学》的修辞手法。^[45]该方法主要用于判断标志是否构成商品或服务的隐喻，标志越接近于商品或服务的文字化“具象”^[46]本身，显著性就越弱。也有学者指出，显著性五分法的理论预设是，一个词语只能实现一种语言功能，商品特征的描述与商品来源的表征之间为互斥关系。如果一个词语是描述商品特征的，就不可能实现表征商品来源的功能。这一分类法在诞生时只是用来判断文字商标的显著性，也只有在文字符号上才可能存在语言通信功能之间的互斥，商业外观等非文字符号的功能类别则多得多。^[47]以上观点揭示出显著性五分法本质上是一个排除法，属于形式逻辑学上的不相容选言命题。显著性五分法中的选言推理可归纳为：商品或服务上的标志或描述商品的特征（第一含义），或表征商品的来源（第二含义），二者必居其一。逻辑学理论认为，运用选言命题的要诀是不能遗漏真实选言支，否则将导致命题虚假。^[48]然而，显著性五分法的选言命题中就遗漏了真实选言支，尤其是将其适用于商业外观以及新形态商标如单一颜色、简单的几何图形、单字母等时，有可能既不描述商品或服务的特征，也不表征其来源。

第二点局限性实则源于显著性五分法的功能。在商标注册阶段运用显著性五分法，本来只是为了获得一个阶段性的结论，即标志是否具有描述性。如果属于描述性标志，则需要证明具有“第二含义”方可注册。如果标志与商品具体属性的联系更为疏远，则可以获得注册，无论其是属于暗示性标志还是更“高级”的任意性标志、臆造性标志。在理论上，通过商标使用获得的来源识别性才具有一锤定音的意义，但如果对每个商标都审查通过商标使用获得的来源识别性，显然成本过高且无必要。通过适用显著性五分法予以过滤，在注册阶段就只需要审查一部分标志，即纯粹描述指定使用的商品或服务的标志等是否获得了“第二含义”，这有助于提高审查效率。上述制度功能决定了显著性五分法必然是一个排除法，判断的只是标志与商

[43] 参见湛茜：《非传统商标国际注册问题研究》，知识产权出版社2016年版，第128页以下；胡骋：《论非传统商标的显著性认定：价值立场与论证框架》，《知识产权》2020年第1期，第44页。

[44] 关于“ThinkPad”商标的暗示性标志属性，参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2019年版，第419页。

[45] See Dustin Marlan, *Visual Metaphor and Trademark Distinctiveness*, 93 Wash. L. Rev. 767, 778 (2018).

[46] “具象”（figure）是一个在艺术领域使用较多的术语，与抽象相对，一般是指文艺创作过程中活跃在作家和艺术家头脑中的、关于现实或虚构事物的基本形象。

[47] See Chad M. Smith, *Undressing Abercrombie: Defining When Trade Dress Is Inherently Distinctive*, 87 Trademark Rep. 160, 184-188 (1997).

[48] 参见陈波：《逻辑学导论》，中国人民大学出版社2014年版，第36页。

品或服务相区分的能力。

综上所述，显著性五分法只是商标注册过程中的一个“初筛过滤器”，其功能在于初步筛查商标缺乏来源识别性的一类情形，即商标难以与指定使用的商品或服务相区分。因此，不能仅依据该方法正面定义来源识别性，也不能仅依据该方法判断来源识别性，这超出了其自身的本质属性与功能。将来源识别性定义为“与指定使用的商品或服务之间的区分”，正是混同了来源识别性的正面定义方法和反向推断方法，导致对来源识别性的认识存在片面性。加之“显著特征”往往又被不加区分地等同于“显著性”或“来源识别性”，导致“显著特征”有时也被片面地等同于“与指定使用的商品或服务之间的区别”。

四、“显著特征”重释为商标外观要素的证成

从以上分析可知，显著性五分法对应构成来源识别性的一部分必要非充分条件，即“与指定使用的商品或服务之间的区分”。问题在于，如何补全其他必要非充分条件。对此的一个自然而然的疑问是，既然我国商标法中的“显著特征”概念仍较多地保留“外观明显”的内涵，那么外观上的明显或者独特，在来源识别功能的形成过程中究竟发挥什么作用？基于域外立法的比较和其他学科研究成果的引入，置于商标的三元符号结构中，可知“商标在外观上的区分性”是构成来源识别性的另一部分必要非充分条件。因此，可以把“显著特征”重释为对应“商标在外观上的、足以影响来源识别的区分性”的法律概念。

（一）基于比较法的考察

我国商标法中的“显著特征”，较多地保留了既往立法中“外观明显”的概念内涵。在欧盟现代商标立法中，“显著特征”指向的却是商标在指定使用的商品或服务上的来源识别与区分能力。那么，在欧盟的商标注册中，是否审查类似“外观明显”的要素？答案是肯定的，审查的依据主要是关于商标定义的条款。具体而言，《欧盟商标条例》第7条第1款亦属于来源识别性的反向推断规则，其中涵摄范围最大的条件（a）项，要求申请注册的对象必须符合该条例第4条中关于商标的定义。从第4条的文义以及《欧盟商标审查指南》的解释来看，商标的定义包括三个方面：（1）是一个标志（sign）；（2）能够区分商品或服务的来源；（3）能够以特定方式向注册当局展现，使得竞争者和公众能够清晰且准确地确定被保护对象。可见，至少第三个条件明确指向商标的外观要素。在代表性的“戴森吸尘器透明灰尘容器案”判决中，欧洲法院认为外观要素与第一个条件即“是一个标志”之间也存在重叠。^[49]

与此相对，外观要素在美国主要被放在“作为商标使用”的审查中。兰哈姆法第1条要求申请注册的是商标（trademark），而商标属于在商业中使用的标记（mark），第45条强调商标属于来源识别标志。美国联邦最高法院曾引用商标法学者麦卡锡（J. Thomas McCarthy）的权威著作，指出商标需要满足三个要件，即有形的符号（symbol）、作为标记（mark）使用、将销售者与其他销售者的商品或服务相区分。^[50] 美国《商标审查程序手册》专设第1202节，用于审查标志是否作为商标使用（Use of Subject Matter as Trademark），理由在于，“商标法是

[49] 商标申请人试图把吸尘器的透明灰尘容器外部造型注册为商标。法院指出，该造型在视觉上难以与其他吸尘器的灰尘容器相区分，因此申请注册的实际上是“透明灰尘容器”这一抽象概念，无法特定化为一个标志。See C-321/03 (ECJ 2007) § 29, 35, 37, 39.

[50] See *Qualitex Co. v. Jacobson Prods. Co.*, 514 U. S. 159, 166 (1995).

用于注册商标而非注册词语的法律。要想获得注册，首先必须是商标。不能仅仅因为词语恰巧不是描述指定使用的商品或者服务，就予以注册”。^[51] 被列举为难以被识别为商标的，包括装饰型标志（涵盖商品上的商业标语）、传递一般性信息的标志、直接来源于宗教典籍的格言、型号或分级标志、颜色标志、声音标志、泛用符号等。审查时主要依据申请人提交的样本，看其是否会被视为来源识别标识，广告宣传资料等其他证据也需要检视。“作为商标使用”的审查与第1209节中关于标志描述性的审查可以叠加。^[52] 使用取得是美国商标法律制度的基本理念，^[53] 把商标的外观要素放在“作为商标使用”的审查中，也符合使用取得原则的内在逻辑。从相关审查规则来看，重要的并非申请人是否在主观上意图将该标志作为商标使用，而是根据相关证据，客观地推断相关公众是否会该标志识别为商标，将其与装饰型标志、传递一般性信息的标志、一般的颜色或声音等作区分。

把外观要素放入来源识别性条款的立法例，主要是日韩商标立法。如同前述，日韩商标立法采取的第三种立法模式不再使用“显著特征”“显著性”等概念，而是仅规定来源识别性要件和非描述性标志要件。日本商标法第3条用兜底条款确认注册商标必须能够识别商品或服务的来源，并分项规定纯粹描述性标志、用普通方式表现的常见姓氏及名称、极为简单且常见的标记徽章等原则上不能获得注册，除非经由使用具备了来源识别性。根据日本特许厅《商标审查基准》的解释，常见的名称包括著名的地名、行业名称，“商店”、“制作所”等企业名称中的常用文字，以及“有限公司”、“Co.”等公司类型名称。极为简单且常见的标记徽章包括数字、一至两个西文字母、一条直线或“△”等简单图形。^[54] 韩国商标法第6条第1款的规定与日本商标法类似，只是额外列举一种原则上不具有来源识别能力的情形，即商标仅由知名地名（及其缩写）或者地图构成。此外，我国台湾地区商标法在弃用“特别显著”之后，改为在第18条规定商标是由文字、图形等组成的具有识别性的标识，识别性指足以使相关公众将其认知为指示商品或服务来源，并得以与他人的商品或服务相区分。

综上，上述商标立法都普遍要求商标在外观上具有相对的独立性、能够与其他符号形成区分，只不过具体规定在不同的注册条件中。这一要求的根本原因在于，唯有在外观上形成区分，标志才能具备来源识别能力，成为商标。

（二）基于语言符号学及品牌理论的考察

既有研究已经指出，商标的本质是一种信息符号工具。^[55] 从这一角度出发，可以在语言符号学、品牌学等学科中找到相关理论，用以证明标志要传递来源识别信息，首先必须在外观上具有区分性。

1. 符号学及文学戏剧理论中的“表达陌生化”效应

商标是一种符号，是社会生活中广义符号系统的组成部分。国内外的既有研究借鉴符号学的工具，对商标的本质、商标显著性的构造等作了较为深入的探讨。该领域的先驱之一、美国商标法学者巴顿·毕比（Barton Beebe）根据索绪尔的语言符号学理论，提出显著性包括区分显著性和来源显著性。区分显著性指商标标志在商标符号系统中能够横向与其他能指即商标标

[51] In re The Standard Oil Co., 275 F.2d 945, 947, 125 USPQ 227, 229 (C. C. P. A. 1960).

[52] 前引〔37〕，《商标审查程序手册》，第1202节，第1200-27页，第1200-111页。

[53] 参见李明德：《两大法系背景下的商标保护制度》，《知识产权》2021年第8期，第7页。

[54] 参见前引〔29〕，《商标审查基准》，第3-1-4节，第1页，第3-1-5节，第1页以下。

[55] 参见前引〔12〕，王太平书，第4页。

志作区分。来源显著性指商标标志能够与所指相区分，从而传递来源识别信息。^[56]这两个新概念颠覆了关于显著性的传统认知，我国学者也就此提出了几个极具启发意义的疑问。^[57]巴顿·毕比提出这一对概念的主要目的是探讨商标淡化问题，意图根据这一对概念澄清商标侵权的实质，进而解释商标淡化的内在机理。^[58]因此，巴顿·毕比的经典论文主要探讨商标之间的符号区分，对于商标标志与其他符号之间的区分则着墨较少。

关于商标标志与其他符号之间的区分，同样可以在符号学中寻找研究进路。表达陌生化效应（或称“疏异性”）对于文化符号学的发展产生过较大影响。^[59]这一理论由苏联形式主义文学学派代表人物什克洛夫斯基（Viktor Shklovsky）提出，其主张是日常生活中的习以为常使人麻木不仁，因此艺术的任务是制造一种“陌生化”，即刻意营造出一种不同寻常的效果，以此唤起人们对生活的新奇感受，进而获得审美愉悦。诗歌等艺术语言也往往需要刻意营造陌生体验，以超越仅具有交际功能的日常生活语言，带来审美愉悦。^[60]与此相关联的是戏剧领域的“间离效应”理论。该理论由20世纪初的德国左翼戏剧家布莱希特（Bertolt Brecht）提出，主张戏剧需要运用艺术的手法，把当时社会中常见现象所隐含的不平等之处表现出来，促使观众用一种新的目光审视世界、改造世界。^[61]

借鉴上述理论可以发现，商标和商标标志都是刻意“表达陌生化”的产物。假设所有瓶装水厂商都只是将水简单包装后出售，消费者将很难识别并区分其来源。因此，瓶装水的提供者需要把自己的产品“陌生化”，例如采用具有个性的包装、使用特定的宣传标语、请名人代言等。其中最有效的手段，便是使用专门的来源识别标志——商标。为了让这个标志也“陌生化”，商品的提供者既需要将其与商品本身作区分，也需要将其与社会生活中的其他符号作区分。以上都指向商标在外观上的独特性、区分性。

外观的“表达陌生化”是形成商标来源识别性的基础环节。一个具体例子是汉字商标在欧盟的注册。欧盟主流观点认为，汉字商标涉及的相关公众一般而言是欧盟的普通居民，绝大多数无法解读汉字的含义。^[62]因此，汉字商标在《欧盟商标审查指南》中的定性类似于图形商标，^[63]这导致一些欧盟案例的裁判结果违背中国人的通常认知。例如，指定使用在中式糕点上的汉字“美心”商标，因连续不使用而被撤销，理由是商标权人在使用“美心”商标时，总是将其和“月饼”“冰皮”“五仁”等一长串汉字一起使用，对欧盟的相关公众而言，注册

[56] See Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, 51 UCLA L. Rev. 621, 625 (2004).

[57] 问题包括：（1）与传统理论中的固有显著性与获得显著性究竟存在哪些不同；（2）区分显著性与来源显著性之间到底是一种什么关系，是否存在没有区分显著性的来源显著性，以及没有来源显著性的区分显著性。参见前引[12]，王太平书，第68页。

[58] 其主张可概括为：区分显著性在商标侵权中的地位日益提升，进而导致商标淡化理论的出现，而既有理论没有清晰认识到区分显著性与来源显著性这对概念，导致围绕商标淡化出现了一系列争议与误区。

[59] 参见李幼蒸：《理论符号学导论》，中国人民大学出版社2007年版，第627页以下。

[60] 参见[苏]维·什克洛夫斯基：《散文理论》，刘宗次译，百花洲文艺出版社2010年版，第10页以下。

[61] 参见孙惠柱：《戏剧的结构与解构》，上海人民出版社2016年版，第242页以下；陈静：《近十年“陌生化”理论研究评述》，载王杰主编：《东方丛刊》2005年第1辑，广西师范大学出版社2005年版，第112页。

[62] See Gordon Humphreys, *A Selective Review of Some Recent Cases of the EUIPO Boards of Appeal: Practical Application of the Jurisprudential Criteria of the CJEU*, 40 (8) E. I. P. R. 530, 534 (2018).

[63] 更准确地说，是根据《建立商标图形要素国际分类维也纳协定》确立的“维也纳分类规则”，分类到第28.3“中文、日文、韩文的文字图形”（Inscription in Chinese, Japanese or Korean Characters）子类别中。看起来像是汉字的图形符号等也被归入该类别。“维也纳分类规则”特别指出，如果这类文字图形在一国属于正常使用的文字，则能够构成文字商标。

商标“看起来不过是一串复杂亚洲风格装饰图案的组成部分，难以将其单独识别为商标”。〔64〕由常用印刷字体的“豆腐”字样构成的商标，却在豆腐上获得了欧盟商标注册。且不论上述欧盟案例对于相关公众的范围认定是否准确，〔65〕出现上述在中国人看来或许匪夷所思的结果，原因就在于汉字在不同文化背景下具有不同的符号外观意义，进而直接影响其能否被相关公众识别为商标。

2. 从陌生到熟悉——品牌理论的解释

“表达陌生化”效应赋予商标在社会生活符号系统中的独立性，但仅凭此无法实现商标的来源识别功能。商标持有人还需要进一步使相关公众熟悉这一标志，在熟悉的过程中灌输特定的符号含义——来源识别。既有研究已经试图借鉴经济学领域的品牌理论解释商标来源识别的形成过程。〔66〕简言之，品牌理论认为品牌具有强烈的个性色彩，消费者与品牌之间的关系是一种拟人关系，企业需要针对目标消费者，把品牌塑造为具有真诚、激情、老练、粗犷等人格化特征的拟人化伙伴。〔67〕从消费者的角度来看，品牌具有属性、利益、价值、文化、个性等多层含义。当消费者与品牌之间形成粘合乃至成为拟人化的关系伙伴时，企业便获得了品牌忠诚与竞争优势。〔68〕我国学者也曾指出，现代商标逐渐获得了经济属性之外的文化属性，这一属性与商标与生俱来的信息功能相关，但又超越了基础信息功能，是基础信息功能的升华。〔69〕

可以发现，符号在外观上越让人感到陌生，就越容易被赋予特定化含义。一个商标的外观使人感到陌生，也就更容易被赋予品牌的含义，其中包括最为关键的来源识别含义。反之，如果标志在社会生活中使用较多，形成了强烈的固有含义，就很难被赋予特定化的来源识别含义。我国《商标审查审理指南》把“一旦拥有，别无所求”等普通广告宣传用语、“阖家幸福”等常用祝颂语、网络流行词汇及表情包、格言警句等列为缺乏显著特征的标志，〔70〕一个可行的解释就在于这些标志已经具有固定的含义，很难被赋予特定化的来源识别含义。

（三）商标三元符号模型下的解释

上述分析延续巴顿·毕比的索绪尔二元语言符号学研究路径，以证明商标与其他符号之间的区分是产生来源识别性的必要条件之一。要完整地解构来源识别性，还需要用到美国哲学家皮尔士（Charles Sanders Peirce）的三元符号模型。我国学者指出，商标还涉及商品这一实际的物理对象，因此三元符号模型更适合用来解释商标的符号结构。三元符号模型涵盖商标的三个组成要素——商标标志、商品的出处或商誉、附着的商品，这意味着作为来源识别标志的商标是一个复合体，不能把商标与商标标志混为一谈。〔71〕基于这一体现为三角结构的三元符号模型，能够更为直观地解释为什么在外观上的区分性是形成来源识别能力的必要条件。

〔64〕 R1780/2016 - 5 Device of Chinese Characters (fig.) (Decision of the Fifth Board of Appeal 2017) § § 40 - 47.

〔65〕 在“EL BAINA”商标案 (Case C-147/14, ECJ 2015) 中，法院认为欧洲的清真食品消费者理应具有书面阿拉伯语的基础知识，因此该类商品的相关公众可以辨识阿拉伯字母构成的商标。

〔66〕 See generally Deven R. Desai, *From Trademarks to Brands*, 64 Fla. L. Rev. 981 (2012).

〔67〕 参见汪涛、谢志鹏：《拟人化营销研究综述》，《外国经济与管理》2014年第1期，第38页以下。

〔68〕 参见江明华、曹鸿星：《品牌形象模型的比较研究》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》2003年第2期，第107页。

〔69〕 参见杜颖：《商标法律制度的失衡及其理性回归》，《中国法学》2015年第3期，第128页。

〔70〕 参见前引〔8〕，《商标审查审理指南》，第230页，第233页。

〔71〕 参见彭学龙：《商标法基本范畴的符号学分析》，《法学研究》2007年第1期，第18页。

第一，三个组成要素之间的区分是形成来源识别能力的前提。既有研究已经强调商标的三要素必须彼此关联，又不能完全同一，同时认为组成要素之间的分离主要体现在商标的非实用功能要件上，“商标与商品必须在功能意义上相互独立”。^[72]也就是说，商标必须发挥的是来源识别功能，而非商品自身形状所决定的实用功能。从前述分析可知，商标标志与所指定使用的商品或服务之间的区分，是形成来源识别性的必要非充分条件。放在三元符号模型中，这同样意味着“标志”与“商品”这两个顶点之间的分离。在“标志”与“商品”的分离之外，“标志”与“出处或商誉”之间的分离表征了来源识别从表象（对标志的感知）到实质（对出处或商誉的识别）的过程。

第二，商标在外观上的区分主要涉及的不是构成商标的三要素即三元符号模型中顶点之间的区分，而是“标志”这一顶点自身能否独立存在。这意味着商标标志自身必须在社会生活符号系统中具有相对的独立性。这既包括与其他商标的标志相区分，也包括与社会生活中的其他符号相区分。这种独立性之所以是相对的，是因为社会生活中本就存在大量同形异义的符号。但如果一个标志已经形成极为稳定的所指，则难以形成新的所指——出处或商誉，无法构成稳定的三元符号结构，无法成为完整的商标。

第三，有的商标在外观上的区分性或许天生较弱，但这一区分性能够通过商标使用行为得到增强。正如颇具影响的“美丽不打烊”商标案二审判决所指出的，在适用显著性五分法之前，需先判断商标的识别性，即能够使相关公众识别商品或服务来源。如果短语或者句子组成的标志属于惯常用语，会导致相关公众将其识别为广告宣传，而非商标。但如果证据足以证明该商标经过长期反复使用，已经能够发挥识别商品来源的作用，则另当别论。^[73]其原理类似于描述性标志通过使用成为来源识别标志。放在三元符号模型之下，描述性标志的场合是业已形成的三角结构强化了“标志”与“商品”这两个顶点之间的分离；在外观上区分性较弱的标志的场合，则是业已形成的三角结构补足“标志”这一顶点的强度。

既有研究主要是从单一商标内部观察其三元符号结构。有必要将观察视角拉远，分析不同商标的符号之间乃至与社会生活符号系统中其他符号之间的关系。由此既可以更好地解释商标来源识别性的具体构成以及商标侵权的实质，也能够更好地辨析这两者之间的区别。在我国，颇有影响力的观点认为来源识别性包括识别性与区分性。识别性指商标的符号构成能够使消费者识别、记忆，可以发挥指示来源的功能。区分性指商标可以区别于其他商标，与他人使用在相同或类似商品或服务上的商标不相同、不近似，不会引起消费者的混淆。^[74]这一观点比较接近于我国台湾地区商标立法弃用“特别显著”之后的立法表述。从三元符号模型出发，可发现这一观点更适合用来解释商标侵权的实质，而非解释来源识别性的具体构成。符号构成能否使消费者识别、记忆，以及商标能否区别于其他商标，都指向“标志”这一顶点是否存在的问题，然而这只是形成稳定的三元符号结构的必要条件之一。引起商标之间的来源混淆则意味着构成商标侵权，是不同商标之完整的三角结构之间是否重合的问题。^[75]质言之，基于识别性与区分性的来源识别性解构，主要还是立足于侵权领域的“相似及混淆可能”规则，而

[72] 前引〔71〕，彭学龙文，第19页。

[73] 参见北京市高级人民法院（2012）高行终字第1509号行政判决书。

[74] 参见北京市高级人民法院知识产权审判庭编著：《商标授权确权的司法审查》，中国法制出版社2014年版，第68页。

[75] 关于相似性与混淆可能性之间的关系，参见王太平：《商标侵权的判断标准：相似性与混淆可能性之关系》，《法学研究》2014年第6期，第162页。

非商标本质性的符号结构。此外，在概念称谓上，“识别”与“区分”实际上是过程与结果的关系，本为一体。商标的组成元素及其彼此的联系之间，普遍地存在识别与区分的过程。我国台湾地区商标法第18条实际上也没有使用独立于“识别性”的“区分性”概念。

总之，三元符号模型能够比较完整地还原商标的符号构造。商标来源识别性的产生机理，特别是“商标在外观上的区分性”在其中的作用，能够基于这个模型得到较为充分的阐释。

五、“显著特征”重释视野下的来源识别性判定

（一）我国商标法相关条文的再梳理

我国关于来源识别性的规定，主要是商标法的第8、9、11条，“显著特征”是其中的核心概念。这些条文一定程度上存在规定重复、体系化不足的问题。将“显著特征”重释为“商标在外观上的、足以影响来源识别的区分性”，有助于解决上述问题。

第一，商标法中规定商标来源识别功能的第8条，以及规定商标必须具有“显著特征”的第9条第1款，将能够各司其职。按照“显著特征即来源识别性”的通常理解，第8条和第9条第1款之间存在一定的重复。把“显著特征”重释为商标在外观上的区分性后，第9条第1款将成为第8条的补充，即旨在进一步强调，外观上的相对独立性是形成来源识别性的基础条件之一。当然，如果只是为了让第8条和第9条第1款的功能形成区分，向欧盟立法模式进一步靠拢，把显著特征解释为“在指定使用的商品或服务类别上的来源识别与区分能力”要件，也是一种选择。然而，如同前述，这种定义方式实为欧盟立法中种属式条件排列方式的产物。既然可以根据商标三元符号模型把来源识别性进一步解构为“与指定使用的商品或服务的区分”和“商标在外观上的区分”等要素，就没有必要再把我国立法中的“显著特征”解释为一个用于粘合部分构成要素的、二元化的中间概念。

此外，第8条除了规定商标的来源识别基本属性，还规定了商标的表现形式。从立法渊源和逻辑关系来看，商标的表现形式与商标标志的外观密切相关，而且范围不断扩张，本应当放入第9条第1款关于“显著特征”的规定中。第9条第1款后半段规定注册商标不得与他在先取得的合法权利相冲突，与来源识别性没有直接关联。从立法论的角度，可以考虑把第9条第1款后半段与2019年商标法第4条第1款增设的“使用意图”放在一起，进一步充实对恶意注册的规制，同时使得有关来源识别性的规范适用更为清晰合理。

第二，第11条的适用能够得到更明确的理论支撑。第11条第1款除了规定通用名称、描述性标志的禁止注册规则，还规定“其他缺乏显著特征的标志”原则上禁止注册为商标，但关于其具体含义，未作明确规定。把“显著特征”重释为“商标在外观上的区分性”，能够进一步明确第1款所列标志缺乏来源识别能力的具体原因。通用名称和描述性标志往往同时缺乏“与指定使用的商品或服务之间的区分”以及“在外观上的区分”。描述性标志的禁止注册规则在逻辑上包括两层判断，一是特定标志是否具有描述性，二是如果特定标志具有描述性，商标标志能否在整体上与该特定标志相区分。^[76]前者指向的是与指定使用的商品或服务之间的

[76] 《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》（2020修正）第7条规定：“……商标标志中含有描述性要素，但不影响其整体具有显著特征的；或者描述性标志以独特方式加以表现，相关公众能够以其识别商品来源的，应当认定其具有显著特征。”

区分，后者指向的是在外观上的区分。通用名称的情况则更加极端，直接传达商品的“本质与类别”。^[77]在美国、欧盟、日本的商标立法中，通用名称无法通过商标使用获得注册，原因在于通用名称在社会生活的符号系统中已经确立了明确且强烈的固有含义，不仅先天缺乏、也几乎不可能通过使用获得上述两种区分性。从维护公共领域的角度出发，也需要排除此类使用取得。^[78]因此，第11条第1款先列举同时缺乏两类区分能力的通用名称和描述性标志，再规定主要在外观上缺乏区分能力的标志，在逻辑上是合理的。

第11条第2款还规定，第1款中列举的标志经过使用取得显著特征并便于识别的，可以注册。从立法渊源来看，“便于识别”主要指商标的外观明显。然而，该款主要规范标志通过使用成为来源识别标志，这一结果反过来增强原来较为薄弱的“与指定使用的商品或服务之间的区分”以及“在外观上的区分”。因此，在“显著特征”已经重释为“在外观上的区分”的理论前提下，第11条第2款中的“显著特征”应修正为“来源识别性”，以使该款能够同时涵盖通过商标使用获得的上述两类区分能力。

（二）“其他缺乏显著特征的标志”的类型化

由于商标法第11条未对“其他缺乏显著特征的标志”的具体含义作出明确规定，《商标审查审理指南》从我国实践出发列举了大量具体情形，以便注册和审查工作得以顺利开展。然而，《商标审查审理指南》中的类型化略显精细不足，原因在于未能充分诠释“显著特征”的概念指向。

作为参照，从既有的显著性五分法可知，把标志分类为通用名称、描述性标志等的依据，在于标志“与指定使用的商品或服务之间的区分性”的强弱存在不同。根据这一区分能力的强弱，可以对标志作较为科学的类型化，并建立来源识别性的反向推断规则。与此类似，同样可以基于标志“在外观上的区分性”的强弱对其作类型化，进而建立来源识别性的反向推断规则。事实上，类似规则已经存在于域外商标立法中，在我国商标法律实践中也有一定程度的体现，需要进一步的梳理。

首先，如同前述，通用名称和描述性标志同时缺乏“与指定使用的商品或服务的区分性”和“外观上的区分性”，因此基于这两类区分性建立的反向推断规则是合二为一的。这两类标志都被推定为缺乏来源识别性，但至少描述性标志可以通过证明“第二含义”获得注册。

其次，一些标志被公认为用于传递特定信息，商标标志与这些标志整体上难以区分时，也需要证明“第二含义”方能获得注册。例如，美国商标法律实践区分“泛用符号”（universal symbols）与“通用名称”（generic terms），泛用符号指在某种语境下被广泛使用，用于传递广为人知的信息的标志。^[79]与之相并列的还包括在社会生活中常用于表达一般性概念和情感的标语、术语、词组，直接来源于宗教典籍的格言等。上述标志原则上不能获得注册，除非申请人能够证明其整体上已经被视为来源识别标志。在《欧盟商标条例》第7条第1款中，（d）项“仅含有该领域惯用标志的商标”和（c）项“仅含有描述性标志的商标”之间是并列与重

[77] See *King-Seeley Thermos Co. v. Aladdin Industries, Inc.*, 321 F.2d 577 (2d Cir. 1963).

[78] 德国法院长期坚持“自由使用必要性”（Freihaltebedürfnis）原则，主张为保护公共利益，立法必须确保一些标志永远不能被私人垄断。欧洲法院则在“Windsurfing Chiemsee”商标案判决中主张，上述政策判断已经内化体现在欧盟商标立法的禁止注册条款中，因此应当基于相关公众的认识，依据商标能否实现来源识别功能作个案判断。See *Joined Cases C-108/97 and C-109/97* (ECJ, 1999).

[79] 前引〔37〕，《商标审查程序手册》，第1202节，第1200-104页。

叠关系，也都能适用该条第3款中“通过使用变得显著”的规则。我国《商标审查审理指南》中列举的普通广告宣传用语、常用祝颂语、网络流行词汇及表情包、名言警句等也属于类似情形。上述标志都因为在社会生活的符号系统中具有强烈的、广为人知的固有含义，将其作为商标将天然地缺乏外观上的区分能力，从而难以实现商标的来源识别功能。唯一的例外是通过商标使用改变相关公众的认知，从而获得来源识别能力。

最后，一些标志在社会生活中具有高度特定化的内涵与使用语境，同时还更多地涉及公共利益，因此极度缺乏作为商标的符号外观区分能力，也基本上不可能通过商标使用改变相关公众的认知以获得“第二含义”。例如，美国《商标审查程序手册》特别指出，“红十字”这类法律特别保护的标志，即使具有传递信息的属性，也不应视为泛用符号，应当直接排除注册。^[80]英国商标法学者杰里米·菲利普斯曾提及，有人试图在商业和金融服务上申请注册包含欧元标志的商标，结果被驳回。欧盟商标复审部门认为，欧元标记等在消费者眼中不可能传达除了货币单位之外的任何含义。^[81]我国的具体例子包括《商标审查审理指南》中列举的“实事求是”，以及司法实践中出现的“不忘初心”^[82]等。从我国的社会生活现实出发，“实事求是”等只可能用于表达一种工作作风、工作态度。在新冠疫情发生之后，有人试图把“COVID-19”“火神山”等疫情相关标志注册为商标，引发社会各界的强烈愤慨，商标行政部门也在第一时间适用“不良影响”条款驳回这类注册申请。然而据报道，位于成都市新都区的新都冠生园食品有限责任公司生产“新冠”牌粽子和月饼已逾三十年。2020年，该公司曾因担心疫情以及“撞名”带来的影响有意减少出货量，不料当年中秋节期间，其月饼销量不减反增。^[83]可见，对于在疫情之前已投入使用的商标，公众基本上持宽容的立场。相关公众愿意把在先使用的“撞名”老字号识别为商标，但不愿意把疫情发生之后的“搭便车”标志识别为商标。要基于商标法理论解释上述现象，现今被广泛适用的“不良影响”条款固然能发挥相当的作用，但毕竟商标是一种来源识别工具，商标法是基于这一理论原点构建的私法。如果同时结合商标来源识别能力的构造理论，“釜底抽薪”地驳回商标注册申请，将使得裁判结果更具有说服力。此外，一些商标申请人出于“商标囤积”的目的，把与社会热点相关的标志注册为商标，大量挤占商标行政资源。为抑制上述现象，2019年修改商标法时新增“不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回”的规定，但针对的情形有限，制度设计上尚有进一步优化和解释的空间。^[84]事实上，这些标志在“高热度”时期内具有极强的固有含义，难以具备作为商标的符号外观区分能力，因此可以考虑以难以具备来源识别能力为由，初步排除这些标志在“高热度”时期内的注册。这能促使申请人转而真正将其作为商标使用，通过诚实经营而非“商标囤积”获利。

结 语

两个国际公约、多种立法模式的碎片化引入，造成我国商标法律制度中“显著特征”与

[80] 在我国商标法中，“红十字”标志被第10条第1款禁止作为商标使用。

[81] 参见[英]杰里米·菲利普斯：《商标法：实证性分析》，马强主译，中国人民大学出版社2014年版，第66页。

[82] 参见北京市高级人民法院（2018）京行终4196号行政判决书。

[83] 参见《成都月饼品牌撞名“新冠”》，中国新闻网，<https://www.chinanews.com.cn/shipin/cns/2020/10-01/news869567.shtml>，2021年12月21日最后访问。

[84] 参见黄汇：《中国商标注册取得权制度的体系化完善》，《法律科学》2022年第1期，第175页。

“显著性”的概念并立乃至重叠，来源识别性的具体构成未能在立法中得到完整体现。来源识别是商标的基础功能。明确商标“在外观上的区分性”是构成来源识别性的必要条件之一，使之与商标法中的“显著特征”相对应，能够较为完整地还原商标来源识别能力的产生过程，从而为商标法律实践提供基础性的理论支撑。

最后需要强调的是，我国的知识产权法律制度在建立初期曾经较多地借鉴国际公约中的相关规定。但国际公约本质上是政治妥协的产物，其文字表述往往模棱两可。以本文涉及的问题为例，《巴黎公约》和 TRIPS 协定等国际公约都偏向于强化知识产权保护立场，因此相关条文主要旨在限制公约成员立法中对可注册情形的排除，而非正面定义来源识别性。TRIPS 协定旨在解决与国际贸易有关的知识产权保护问题，大量实体性规则以《巴黎公约》等既有公约为基础，无意从根本上重建知识产权的国际保护规则，但同时又照搬了美国法律制度中的一些具体做法。完善我国相关法律制度，还是需要立足于我国的实际情况，运用法的形式理性澄清国际公约条文中的模糊之处，解决不同法系具体做法之间的内在矛盾与冲突。通过引入相邻学科的理论，也能提供新的研究视野。期待本文能在以上方面贡献绵薄之力。

Abstract: The “distinctive character” mentioned in Chinese Trademark Law is often equated with “distinctiveness” or “the capability to distinguish the source”. However, it is still unclear whether it refers to the appearance element of a trademark, the overall capability to distinguish the source, or the distinction from the designated goods. The root of the problem lies in the influences of the different legislative models represented by the Paris Convention and the TRIPS Agreement on the development of the Chinese trademark law legislative process, as well as the confusion between the positive definition method and the reverse inference rule of source identification. The solution lies in the clarification of the components of the capability to distinguish the source and completing the rules of reverse inference. The appearance element of a trademark is also one of the necessary constituent elements of the capability to distinguish the source, but it is presented in different forms in different jurisdictions. Based on Chinese legislative tradition and practical experience, the ternary symbol structure of trademarks, and the theoretical reference of adjacent disciplines, “distinctive character” can be reinterpreted as “the distinctive appearance of trademark symbols that is sufficient to affect the identification of sources”.

Key Words: distinctive character, the capability to distinguish the source, distinctiveness, public domain
