

西南知识产权博士文库

张玉敏 主编

论商标的符号表彰功能

徐聪颖◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

符号表彰功能

徐聰穎◎著



图书在版编目(CIP)数据

论商标的符号表彰功能 / 徐聪颖著. —北京:
法律出版社, 2011. 9
(西南知识产权博士文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2528 - 5

I. ①论… II. ①徐… III. ①商标法—研究
IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 188647 号

西南知识产权博士文库	论商标的符号表彰功能	徐聪颖 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 汪奇峰
------------	------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 7.125 字数 183 千

版本 2011 年 11 月第 1 版

印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2528-5

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《西南知识产权博士文库》编委会

顾问：沈仁平

主任：张玉敏

委员（按姓氏笔画排名）：

孔祥俊 尹新天 李雨峰 张耕 谭启平

总 序

随着信息技术的发展、经济的全球化以及对外开放的逐渐扩大和深入,历经三十年,中国的知识产权制度已经日趋完善,知识产权研究也呈现出多元化的趋势。在知识产权立法的早期阶段,出于工具主义思考,为了尽快为中国移植发达国家的知识产权制度,更多的知识产权研究着力于注释知识产权的一些基本制度、基本框架。从学术史上看,这大致属于知识产权的注释法学阶段。至 20 世纪 90 年代末、21 世纪初,在中国的知识产权制度基本完善的前提下,学者们对知识产权的研究拓宽了视野,知识产权的概念、历史、哲学、体系化、性质、经济分析等逐渐进入研究视野,并涌现出一批优秀的学术成果。套用苏力关于中国法学三个阶段的论述,这一阶段的知识产权研究进入了“诠释法学”和“社科学”并举的时期。

在知识产权研究日益多元化的情况下,我们应当贡献什么?基于这种问题意识,我们推出了这套“西南知识产权博士文库”。然而,问题在于,在今

天这个日益信息化的时代,人们为诸多的文字材料所包围,由于自身精力的限制,人们根本没有太多时间去触摸、更不用说去阅读书店里的一些文献。因之,这套文库是否只意味着占用了一些书号,挤占了书架的一些空间?在很多情况下,一些哪怕是经典的书籍都被束之高阁。这套文库的未来命运将会如何?

担心将我们推向了对知识产权研究多元化氛围的思考。在日益市场化的今天,学术产出也必须符合市场经济的规律,供给与需求相辅相成。如社会分工之于市场的重要性一样,学术分工也在学术研究中发挥着重要作用。如果承认道德多元化、思想多元化是法治社会的重要特征,那么,我们就可以断言,无论书籍的行文风格、价值取向、问题意识等,我们都可以找到一些哪怕是些微的读者。更重要的是,书籍一面世,作者便丧失了控制它的权力。在作者、作品和读者这个文学系统中,重要的已不再是作为支配一方的作者,而是作者与读者之间的那种主体间性。这对我们意味着,只要认真、努力也就够了。

从基本方向上看,这套博士文库尽管包括了学术前沿、热点问题等,但基本理论研究是其主旋律。当然,这并不意味着我们认为学术研究存在一个高低贵贱之分的问题;事实上,我们真正考虑的是学术上的比较优势。

西南政法大学 张玉敏

2007年9月

序 言

随着商标法第三次修改的启动,商标法领域的研究成果如雨后春笋般涌现。据不完全统计,2005年以来以商标制度和理论为研究对象的博士论文就有15篇,在法学核心期刊上发表的关于商标法的论文有252篇。其中,彭学龙的《商标法的符号学分析》,邓宏光的《商标法的理论基础》,王莲峰的《商业标识立法的体系化研究》,李雨峰的《重塑侵害商标权的认定标准》等,在理论界和实务界都产生了较大的影响,将我国商标法的研究水平推向一个新的高度。但是,系统研究商标的符号表彰功能的论著尚付阙如。徐聪颖博士的《论商标的符号表彰功能》填补了我国商标法研究领域的这一空白。

商标法的核心任务是保障商标功能的正常发挥,藉以达到维护市场竞争秩序,保护消费者利益,促进经济发展的目的。而商标的功能不是一成不变的,它会随着社会的发展而变化。在现代消费社会中,由于人们生活水平的改善和产品物理效用趋同性程度的提高,消费者逐渐从主要关心商品使用

价值的消费模式转向注重消费活动的表彰意义,即在社会上传递特定的文化意义,彰显自己的身份、品位和社会地位。与这种消费观念的变化相适应,商家也开始将经营的重心从产品的物理功能、质量、特点逐渐转移到商品的文化内涵、个性特征等文化范畴。在消费者和经营者的共同推动之下,符号消费以不可阻挡的势头迅速发展起来。虽然我国尚属发展中国家,但符号消费在我国已经有了相当的市场——只要看看我国中产阶层和青少年追逐名牌的热情,就可知此言不谬。

消费领域的这种变化是否会使商标的功能发生相应的变化?如果有,它对商标制度会产生什么影响呢?作者以其扎实的法学理论功底和娴熟的归纳综合能力,旁征博引,借鉴社会学、品牌营销学和语言符号学等领域的研究成果,对符号消费现象,符号营销实践,符号表彰功能的内涵及运作机理,商标符号表彰功能对人们既有的商标观念的影响以及对商标法律保护提出的新的要求等问题,进行了全面、系统的分析研究。该书不仅为商标法理论研究开拓了一个新的领域,而且对完善商标法律制度特别是商标保护制度,服务我国民族企业的品牌建设,为我国从制造大国向品牌大国转型提供必要的制度保障,具有重要的实践意义。

商标法律制度如何应对符号消费条件下商标功能和人们既有商标观念的变化,企业如何顺应符号消费的趋势,与时俱进,调整经营思路和策略,对我们来说都是富有挑战性的新问题。《论商标的符号表彰功能》开了一个好头。万事开头难,作为一篇开头之作,不足之处在所难免。希望作者继续努力,不断有新的成果奉献出来。更希望本书的出版能够抛砖引玉,迎来商标法研究百花园更加绚丽多彩的明天!

张玉敏

2011年8月于重庆

商品是中性的,而它们被使用的方式则是社会性的

——可以被用作栅栏,也可以被用作桥梁。

——[英]人类学家玛丽·道格拉斯,巴伦·伊舍伍德*

商标的价值在于其销售力,在于其对公众的心理影响力,而不仅仅在于商标所代表的商品品质。

——[美]商标法学者弗兰克·谢希特**

商标保护是法律对符号心理功能的认可。

——[美]法官弗兰克福特***

* 转引自[挪威]拉斯·史文德森:《时尚的哲学》,李漫译,北京大学出版社2010年版,第114页。

** Frank I. Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harv. L. Rev. 813, 1927, p. 831.

*** *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kressge Co.*, 316 U. S. 203, 208 (1942).

目 录

引言 / 1

一、选题背景及意义 / 1

二、研究现状和文献综述 / 3

三、总体框架与研究内容 / 7

四、主要研究方法与学术创新 / 8

第一章 商标符号表彰功能的产生基础 / 10

一、商标符号表彰功能形成的社会基础——符
号消费观念的由来及特点分析 / 10

(一) 消费内涵的历史演变 / 10

(二) 符号消费的必然性分析 / 16

(三) 符号消费的特点 / 22

二、商标符号表彰功能形成的直接动因——符
号营销及其与商标的关系 / 25

(一) 符号营销的内涵及特点 / 25

(二) 符号营销的两条路径及商标在其中
的意义 / 30

三、符号消费在我国的发展及特点 / 38

(一) 符号消费在我国出现的背景因素分析 / 38

(二) 我国当前符号消费的特点 / 44

第二章 商标符号表彰功能的内涵及运作机理 / 47

一、商标符号表彰功能的内涵 / 47

(一) 商标功能的理论分歧及评析 / 47

(二) 商标功能的历史考察——对符号表彰功能内涵的初步分析 / 54

(三) 商标符号表彰功能的意义分析——对符号表彰功能内涵的再认识 / 60

二、商标符号表彰功能的运作机理 / 66

(一) 传统商标的符号结构及其功能发挥 / 66

(二) 符号消费背景下商标符号结构的变化及其功能运作 / 75

第三章 商标符号表彰功能与商标价值观 / 84

一、商标符号表彰功能与商标价值的形成基础 / 84

(一) 传统理论的评说 / 84

(二) 影响商标价值形成的决定性因素 / 93

二、商标符号表彰功能与商标价值的实现 / 102

(一) 有关商标权转让的认识演变 / 104

(二) 有关商标权许可使用的认识演变 / 112

第四章 商标符号表彰功能的法律保护 / 121

一、既有理论对商标符号表彰功能的保护及其不足 / 121

(一) 混淆理论所面临的困境 / 122

(二) 商标淡化理论所存在的局限性 / 134

二、商标符号表彰功能的保护基础及其利益平衡 / 146

(一) 欧盟商标立法的启示 / 146

(二) 商标符号表彰功能的法律保护重心 / 151

(三) 商标符号表彰功能的保护与社会公共利益的协调 / 158

第五章 符号消费背景下我国商标权保护制度的完善 / 169

一、我国当前商标权保护制度的现状及问题 / 169

(一) 我国普通注册商标保护制度的不足 / 171

(二) 我国驰名商标保护制度的不足 / 177

二、我国商标权保护制度的完善 / 185

(一) 拆分现有的驰名商标保护条款 / 185

(二) 确立“混淆可能性”在商标侵权判定中的基础地位 / 190

(三) 补充完善对商标符号表彰功能的法律保护 / 192

结语 / 196

参考文献 / 198

后记 / 214

引 言

一、选题背景及意义

在传统的消费社会中,基于生产力水平的限制以及经济学的理性经济人假设,人的消费活动总是首先作为一个经济问题被加以考虑。在此背景下,人们更加注重的是对商品客观效用的消费,并由此形成了一种从物的使用价值出发的消费伦理。然而,在现代消费社会中,随着经济的发展以及产品物理效用趋同性程度的提高,人们已不再满足于过往那种单纯追求物品使用价值的消费模式,在此之外,人们更加看重的是,如何通过消费活动在人与人之间传递、彰显特定的文化意义。由此,消费作为一个交流体系,其社会属性得以凸显。有学者曾对此指出,“现代消费社会的一个新的特点是从‘物的消费’过渡到‘符号消费’,即从重视对物消费的功能性逐渐转到重视物消费所具有的象征意义……因此,人们消费的不是被消费对象的物质性,而是它的社会意义。被消费的东西,与其说是物品,不如说是社会关系本身,它成为一个人在消费

时社会地位和身份的标志。”^{〔1〕}

与这种消费观念的变化相适应,作为消费品的供给方——商家也在开始将经营的重心“从产品的属性、利益逐渐转移到价值、文化、个性等文化范畴。”^{〔2〕}对于消费者而言,产品的使用价值只能满足其对“物”的生理需求,更为重要的是,他还希望借助对商品的消费以实现追逐社会差异的心理欲求。为此,生产经营者并非单纯按照纯技术、纯物质性或者功能性的标准从事着产品的生产制造,而是愈发注重将一定的文化内涵或者社会意义注入到产品中。于是,商品的生产和制造也成为“将社会各种文化范畴对象化的过程”^{〔3〕},如此,方能创造出符合社会公众需求的商品符号价值。

对我国而言,虽然我们还不能断言意义消费的时代就此到来,但可以肯定的是,多元化的消费格局正在使越来越多的人将消费活动看作是一个社会沟通、认同塑造、互惠仪式和关系建立与维系的过程。正是在以上符号消费观念以及符号营销实践等两方面的合力作用下,人们对于商标的功用性认知也在悄悄发生着转变。在传统观念中,商标是指引人们“认牌购物”的工具、手段,但现如今,人们却可以借助商标彰显自身的个性、身份、进而形成特定的群体区隔,从这一角度看,商标本身也成为人们最终的消费对象和目标。

面对现代消费社会的新特点,有学者曾经敏锐地指出,“这种特点是否会使商标的功能发生相应的变化呢?它对商标法律制度是否会产生相应的影响呢?”^{〔4〕}正是基于对上述问题的思考,促使笔者以符号消费背景下商标功能的发展变化及其对商标制度的影响作为博士论文的选题方向。其研究目的有二:第一,与传统的商标功能相比,商标在符号消

〔1〕 郭景萍:“消费文化视野下的社会分层”,载《学术论坛》2004年第1期。

〔2〕 戚海峰:《符号营销》,上海财经大学出版社2006年版,第24~25页。

〔3〕 郭景萍,前注〔1〕。

〔4〕 徐棣枫等:《知识产权法——制度·理论·案例·问题》,科学出版社2005年版,第354页。

费背景下所呈现的是否为一种全新的符号表彰功能,此种符号表彰功能的内涵及运作机理又与传统的商标功能有何不同?第二,假使对上述疑问的回答是肯定的,那么这种在符号消费背景下出现的商标符号表彰功能将会对人们以往所形成的一些商标观念产生何种影响,又会对商标的法律保护提出何种新要求?有鉴于此,本文以“论商标的符号表彰功能”作为博士论文选题将具有较强的理论意义和实践意义。

就理论意义而言,该选题的理论价值在于:首先,从目前国内法学界的商标法律著述来看,还未曾有专门论述商标功能的专著。而在相关的理论研究中,一些学者对于商标功能的认知也存在着较大争议。例如,在商标功能的分类、商标功能与商标作用之间的关系、商标与品牌究竟有何区别、商标功能之于商标权保护的意義等诸多问题上,当前的研究仍停留于表层之上。基于此,以商标的功能作为选题方向,能够在一定程度上填补商标基础理论研究的空白。其次,从目前的现况看,尽管有许多学者都已经注意到商标在生产及消费领域的意义变化,但其要么采用“旧瓶装新酒”的办法将之纳入传统的商标功能之中,要么虽赋予商标一种全新的功能,但却并未能就此种新功能与商标制度如何相衔接进行深入细致的分析。由此看来,以“论商标的符号表彰功能”作为选题也符合博士论文的理论原创性要求。

就实践意义而言,该选题的实践价值主要体现在以下两方面:其一,从不断完善我国商标法制建设的角度看,通过对商标的符号表彰功能的研究,将有助于进一步完善我国的商标侵权法律制度,同时也能为从事符号营销的商标权人提供更加充分、妥适的法律保护;其二,从增强我国企业核心竞争力的角度出发,对商标的符号表彰功能的研究也将有助于推进我国民族企业的品牌建设,为我国从制造大国逐渐向品牌大国转型提供必要的制度保障。

二、研究现状和文献综述

从目前的研究现状看,尽管符号消费现象在社会学、文化人类学、消费伦理学以及品牌营销学等学科领域中讨论的十分激烈,但在商标法学

界,人们对于符号消费与商标功能之间关系的研究仍稍显薄弱。

早在2001年,黄晖博士在其专著《驰名商标和著名商标的法律保护》中便已提出了“商标的表彰功能”的观点。通过对商标在现代社会中的功用变化进行描述,其认为商标的表彰功能是一种不同于传统识别功能的新功能。^{〔5〕}在其看来,“如果说商标的识别功能主要来自于选择与先占,商标的表彰功能则来自商标所有人的努力与创造……因此,基于保护商标的表彰功能建立的商标权实质是一种创造权。”^{〔6〕}然而值得注意的是,黄晖博士虽然意识到商标在现代社会中可能具有识别产源的自然属性以及表彰身份、地位的社会属性,但却认为,只有驰名商标与知名度更高的著名商标才兼具有这一双重属性。^{〔7〕}可问题在于,这一论断大大限缩了具有符号表彰功能的商标范围,既不符合商家符号营销活动的实际情况,也不利于为商标所有人在符号营销中的投入和努力提供充分的救济。不仅如此,黄晖博士还主张,应当采用比荷卢经济联盟的联想理论以实现商标表彰功能的充分保护。然而正如有关学者所指出的,由于联想理论对商标保护的理论基础缺乏清晰的区分,并且在联想与救济的关系上存在问题,这使得比荷卢联盟的联想理论目前仅对学术研究具有一定的历史价值,但却在现行制度层面难以得到采纳。^{〔8〕}

时至今日,国内学者对于商标在符号消费背景下的功能变化主要存在以下三种不同的认识,分别是商标的消费对象功能^{〔9〕}商标的彰显个

〔5〕 参见黄晖:《驰名商标和著名商标的法律保护》,法律出版社2001年版,第114~120、300~305页。

〔6〕 黄晖,同上注,第109页。

〔7〕 在我国,人们对于驰名商标与著名商标的内涵存在不同的认识,有人认为二者之间具有等同关系,有人认为,著名商标是知名度介于普通商标与驰名商标之间的一类商标,但黄晖博士认为,著名商标与驰名商标虽然都具有知名度,但知名度是有程度上的差异的,两者的区别在于行业而不在于地域,该知名度是否超越本行业是二者最大的分水岭。对于驰名商标而言,其知名度仅限于本行业范围,而著名商标的知名度则已突破本行业的限制,为一般公众所广为知晓。参见黄晖,同上注,第164~165页。

〔8〕 文学:《商标使用与商标保护研究》,法律出版社2008年版,第143页。

〔9〕 徐楦枫等,前注〔4〕,第354~355页。

性功能^[10]以及商标的广告宣传功能。^[11] 尽管有关学者都已敏锐的意识到,商标在现代消费社会中扮演着不同于以往的角色,并且承认此种角色的转变也在客观上拓展了商标的功能,提升了商标的价值,但美中不足的是,相关学者对于商标在符号消费背景下的功能认知仅仅“点到为止”,而未能以此为契机展开更进一步的分析。从国内学者的已有论述看,其对商标在符号消费背景下的功能拓展究竟会给商标制度带来何种变化的研究仍基本处于空白状态,而这也正是本书开展此项研究的动因所在。

尽管如此,国内一些学者的著述对于本文的研究仍然具有启示意义。例如,彭学龙博士所著的《商标法的符号学分析》一书,对于引领笔者从符号学的视角探究商标的结构以及商标功能的运作机理极具启示意义;而孔祥俊教授所著的《商标与不正当竞争法——原理和判例》、文学博士所著的《商标使用与商标保护研究》以及魏森博士所著的《商标侵权认定标准研究》等研究成果,对于笔者全面了解欧美国家的现行商标侵权制度也具有极大的借鉴意义。

从国外的商标理论研究情况看,尽管同样没有直接论及商标符号表彰功能的著述,但一些学者的观点对于本文的研究同样具有启发性。例如,美国学者 J. Thomas McCarthy 在其论著《麦卡锡论商标与不正当竞争》(*McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*)中,对美国商标法学界有关商标法原理的论述进行了全面的归纳和分析。而另一位美国学者 Barton Beebe 则在其《商标法的符号学分析》(*The Semiotic Analysis of Trademark Law*)一文中,通过借助符号学原理对商标显著性进行了来源显著性与区分显著性的重新划分,这对于我们重新认识商标的价值也无疑提供了一个全新的视角。不仅如此,在 Beebe 的这篇极富开创性的论文中,其还对商标的符号结构进行了富有洞见的分析,而这对于研究

[10] 吴汉东主编:《知识产权法》(第3版),法律出版社2009年版,第205页。

[11] 文学,前注[8],第35页。