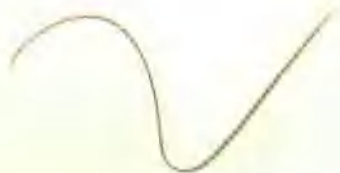


C

中国民商法专题研究丛书

梁慧星 主编

商标法的符号学分析



彭学龙 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

C

中国民商法专题研究丛书
梁慧星 主编

D923.43/10

2007

商标法的符号学分析

彭学龙 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商标法的符号学分析 / 彭学龙著. —北京: 法律出版社, 2007. 4

(中国民商法专题研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7197 - 5

I. 商… II. 彭… III. 商标法—研究—中国 IV. D923.434

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第029454号

© 法律出版社·中国

中国民商法专题
研究丛书

商标法的符号学分析

彭学龙 著
梁慧星 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京外文印刷厂

印张 13 字数 316千

印次 2007年5月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7197-5

定价:31.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

商标法的符号学分析

《中国民商法专题研究丛书》总序

我于1988年起担任中国社会科学院法学研究所民法研究室主任,开始考虑学术发展和人才培养问题。时值90年代初,中国内地遭遇学术著作出版难,尤其未成名的年轻学者的学术著作出版更难。遂仿照王泽鉴先生担任台湾大学法律学系主任时编辑出版《台大法学丛书》的办法,编辑出版《中国民商法专题研究丛书》。预计用二十年时间,出版100部民商法专题研究著作。

其编辑宗旨是,从中国改革开放和发展现代化的市场经济的实际出发,广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说,深入研究民商法的基本理论和实践中的重大法律问题,为中国民商事立法的现代化和民商事审判实务的科学化提供科学的法理基础,提升民商法理论水平,推出民商法理论研究人才,使中国民商法理论研究尽快赶上发达国家和地区的水平。

著作之入选丛书,不论作者职称、地位、亲疏,以学术性为惟一考量。不约稿、不组稿、不需推荐,

概由作者自荐。欢迎自荐博士学位论文。丛书虽以“民商法专题研究”为名,其人选著作并不以民商法学为限。涵盖民法、商法、民事诉讼法、仲裁法、经济法、环境法、国际私法、国际经济法、民商事国际公约惯例等领域,而与广义之“私法学”概念相若。

自1994年推出第一部著作始,迄今已有十余年了,已出版著作50部。出版社方面注意到本套丛书在国内外已产生良好影响和社会效益,决定自第51部著作始,重新设计、增大开本、改变装帧、更加精编精印。特补述丛书编辑缘起及宗旨,作为总序。

梁慧星

于北京城南清芷园

2005年12月8日

序

肇始于近代的知识产权制度,是商品经济与科学技术发展的产物,它有别于罗马法以降的其他财产权制度,在理论基础、社会运作和实践反应诸方面均有着独特的个性化因子和交叉学科需求。一方面,市场拓展、技术进步和贸易国际化激活了知识产权制度的变革与发展,历经社会变迁的权利形态和体系架构需要理论上的求证和支撑;另一方面,民法理论、哲学话语和各种社会科学的内在联结推动着知识产权理论的更新和转型,彰显出学术应对的多元化源头和思考路径。基于此,知识产权的理论研究有其自身的特殊性,它迫切要求根据国家经济社会发展需要和学术发展趋势,统筹考虑基础研究和应用研究,统筹考虑理论上的自洽性和学科上的融通性,统筹考虑制度的整体发展和各类权利的自有逻辑。因此,促成知识产权学科的繁荣,更需要学界同仁,尤其是青年才俊运用多种视角、在各个领域展现思想、施展才华,不断推出有力度、有深度的研究成果。

我国知识产权制度建构时间虽短,但理论研究的成效已经凸显,改革开放后近30年的学术积淀不仅缩小了与发达国家在研究水平上的差距,而且推动了制度的变革和理论的创新。近年来,学术著作更犹如雨后春笋,呈百花齐放之势,令人振奋和欣喜。同时也应看到,无论知识产权宏观理论塑造还是微观制度解读,仍鲜有深层次的论证和系统化的反思,从而延滞了知识产权的学术发展,影响到对知识产权制度的理论认知。就其中的商标法理论研究而言,现有成果往往无法突破传统范式,要么局限于法律条文的解释,对蕴涵其间的基本范畴、基本结构和基本渊源缺乏理论分析;要么拘泥于制度设计的外围层面,对其他有效的研究方法、哲学理念和分析手段缺乏必要的关切,以致对商标结构、显著性、混淆和淡化等基本范畴及其架构都无法形成共识,甚至产生不少错误的理解。“物色之动,心亦摇焉”,商标保护的现实迫切需要有新的观念突破、新的理论建构和新的制度设计,以便最终促成商标法学不拘一格的理论叙事。

就此面言,学龙博士的学位论文《商标法的符号学分析》当属难得的理论尝试。正如作者所言,商标法既是市场法则又是符号规范,透过其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作出直观而合理的解释,从而准确地把握商标制度的运行机理,进一步完善我国商标法制。商我亦以为,符号学方法为分析商标及商标法基本范畴的利器,切中了该领域的要害。事实也表明,站在符号学立场观察商标法问题,开拓了学术视野和研究领域,不仅让阅读者有别有洞天之感,而且从总体上提升了我国商标法学的理论水平,取得了不错的研究实效。当然,诚如拉斐尔所言,“社会科学中所谓的定律事实上不是规律性,而是倾向。涉及倾向而不涉及定律的科学可以完全是可靠的,因为你能够根据倾向用概率作出预测”。运用符号学原理解释商标法律制度,当然也并未武断地将由此得出的结论置于普遍的或必然的定律之下,它只是更为清楚地表达了商标法作为一种科学的倾向,为进一步的理论追问提供了坚实的方法论基础和全新的研究平台。

学龙是我指导的博士生,早在硕士研究生阶段,他就在商业秘密法律保护领域发表了近二十篇论文,开始引起学界关注。随我攻读博士学位期间,他一商继续拓展研究范围,在著作权和商标法领域不断推出有分量的成果;一面又始终保持着对基础理论的浓厚兴趣,对知识产权领域的玄难问题一直抱有慎思之心。其博士论文既是对具体制度的深入探索,又属知识产权法哲学的全新尝试,可以说同时满足了上述两项学术关切。但坦白说来,无论是在论文选题还是写作过程中,我内心深处都不无隐忧,符号学虽属跨学科的方法论,但在商标法学中的运用则尚处于拓荒阶段,不但国内鲜有学者涉足,而且国外也仅有聊聊几篇文献,其研究难度之大可想而知。直到有一天,他将洋洋三十万字的文稿交到我案前,我才长舒了一口气。

功夫不负有心人,在论文评审和答辩过程中,学龙的努力获得了各位专家和委员的高度评价。承蒙答辩委员会主席梁慧星教授厚爱,该论文已入选“中国民商法专题研究丛书”,即将由法律出版社出版,作为导师,我颇感欣慰。同时,我也深知,在任何一项事业背后必有一种无形的精神力量,希望学龙博士能够继续秉承追求理想和服务社会的精神信仰,为发展知识产权学术、传承人类文明不断贡献自己的力量。

是为序。



2006年11月16日

于武昌南湖寓所

摘 要

当今世界,商标在市场经济中的地位和作用都在发生深刻变化,驰名商标更是逐渐摆脱对产品的依附关系,走向社会生活的前台。在这样的背景下,商标保护需要有“新的观念突破、新的理论建构和新的制度设计”,商标法的符号学分析正是这样一种尝试。

—

所谓符号学,是专门研究符号及其意指活动之规律的科学,其本质就是一种跨学科的方法论。在法学领域,符号学的运用始于20世纪下半叶,与分析法学、语言学法学有着千丝万缕的联系。就此而言,法律现象、法律概念、法律理论和法律文本都属于符号,符号学法学的主要任务就是致力于解释法律文本、界定法律概念,促进立法和法学研究用语的精确化。而运用符号学原理研究商标法律问题却是最近两年的事情,在这方面,美国学者已率先

作出尝试,国内偶有学者提及,也流于零星的介绍。由于商标本身就是一种符号,与其他法学学科相比,商标法的符号学分析有其独特之处。具而言之,符号学对于商标法不仅是一种研究方法,而且还具有本体上的意义。可以说,商标法在本质上就是一种符号规则,在商标法学领域,符号学分析构成其他研究方法的基础和前提。

同时,正如美国判例所述,“商标保护意味着法律对于符号心理功能的认可”,商标功能的发挥完全建立在消费者心理认同的基础上,心理学分析在商标研究中也不可或缺。由于符号学属于社会心理学的组成部分,因而也是整个心理学的一部分,对商标来说,符号学与心理学分析不过是同一种研究方法的不同表述。不仅如此,由于商标法具有很强的不确定性,研究方法的多样性和分析视角的多元化显得尤为重要。这样,除了符号学和心理学分析之外,本文还将采用经济学的方法,更不用说传统法学研究方法,如实证分析、比较研究、案例分析和历史研究。

二

符号有两种典型的结构:其一是瑞士语言学家索绪尔提出的二元模型,由能指和所指构成;其二是美国哲学家皮尔士所主张的三元结构,包括能指、所指和对象。作为典型的符号,商标由能指、所指和对象构成,分别对应于商标标志、出处与所附着产品。任何标志都不是天生的商标,只有经过意指或符号化过程,亦即市场营销和广告宣传,相关标志才能够与特定出处和产品联系在一起,成为消费者认可并实际发挥作用的商标。一般来说,而标三要素既相互分商又彼此牵连,对其间的关系应辩证地把握。

传统商标属于三元结构,但随着社会经济的发展,商标三元结构受到各方面的冲击,驰名商标逐渐演变为二元模式。首先,能指范围不断扩张,尽管受到非功能性原则的限制,但还是将产品的部分特征囊括在内。其次,所指由具名来源演变为匿名出处,并最终成为某种拟制。再

次,由于品牌延伸,商标指涉对象由单一产品演变为多种产品,甚至无所不包,最终导致所谓泛化现象。在这种情况下,对象逐渐退居幕后,所指反而得到强化。凡此种种,都对商标的功能以及商标制度产生了重要影响。

就此而言,商标转让制度的变迁就是重要例证。在商标制度发展初期,商标标示着其名出处,商标转让不可思议。而随着商标演变为商誉的代表、质量的保证,法律逐渐认可,只要商誉能一同转让,商标转让并无不可。随着媒体和广告的空前发展,商标完全成为消费者的心理概念。在商标与所指这种二元结构中,起决定作用的是商标标志,商誉几乎完全依附于商标。只要商标移主,至少在消费者眼里,商誉就如影随形,也一同转让。因此,在当今世界,不管各国商标法形式上如何规定,实际实施的都是自由转让制度。

三

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,标示与区别是一枚硬币的两面。从认知心理学的角度分析,唯有当相当部分消费者形成了针对特定产品的认知网络,且认知网络中包含一个或多个结点,其作用就在于标示源于特定出处之特定产品,才可以说该结点或者结点组合获得了显著性,这种结点或结点组合就是商标。

传统理论将商标显著性分为固有显著性与获得显著性,并表现出对前者的偏爱。事实上,固有显著性只是商标获得显著性的有利条件,而非真正的显著性。根据符号学原理不难理解,没有天生的商标,显著性只能后天获得,对商标强度与保护范围起决定作用的也是获得显著性。具备固有显著性的商标之所以能够直接注册,原因则在于这类标志一般能够在短时间内获得显著性,出于制度效率与成本的考虑,法律并不要求这类商标的注册者尽第二含义的举证之责。

与意义和价值概念相对应,显著性可以划分为出处显著性与区分显著性。前者是指商标标示商品出处的特性,后者则是指商标与其他商标区别开来的能力。要判断某个标志能否受到商标保护,只须考虑该标志是否具有出处显著性;而要决定商标的保护范围,则应考虑其区分显著性的强度。总的说来,商标的区分显著性越强,保护范围越宽。这一结论看似简单,要准确理解却颇费周章,其间甚至出现了商标保护强度的悖论,心理学分析是解决上述问题强有力的工具。

四

从符号学上讲,混淆的实质就是在后商标与在先商标的能指和对象过于接近,以致普通消费者分不清其所指。混淆之虞则是指消费者混淆产品来源或误认为其来源有某种关联的极大可能性,一直以来,是否存在混淆之虞都是判断商标侵权的基准。在商标法制演进的历史上,混淆的类型经历了一个不断扩张的过程。从直接混淆到间接混淆,从购买者混淆到旁观者混淆,从一般混淆到潜意识混淆,从正向混淆到反向混淆,混淆外延日益拓展,混淆形式更加多元。不同的混淆形式对应着消费者不同的心理状态。

在司法实践中,混淆之虞的认定取决于多种因素,其中,商标近似性与商品类似性占据着举足轻重的地位,我国商标法则直接以商标近似和商品类似作为判定侵权的标准。要准确把握各种要素与混淆之虞的关系并不容易,常见的情形是,人们会不自觉地以混淆之虞作为判断商标是否近似或商品是否类似的标准,陷入前后循环的逻辑怪圈。实际上,不管是商标近似性还是商品类似度,与混淆之虞都不存在直接的因果关系。一般来说,当在先商标名声较大且系争商标近似度较高时,只要商品具有较低的类似度,就可能认定混淆之虞成立。同样,当商品类似度较高时,只需商标具备较低的近似性,就有可能认定混淆之虞成立。但无论如何也不能从混淆之虞反推商标或商品的近似度。

五

随着商标侵权形式日趋复杂和隐蔽,最终出现了有别于商标混淆的淡化现象。实际上,混淆与淡化之间并不存在十分清晰的界限。一旦社会公众的观念发生变化,本属淡化的行为也可能被认定为混淆,则相关行为就会纳入传统侵权法的调整范围。事实上,当商标驰名度上升到极至或者品牌延伸达到泛化程度,其他企业只要使用这类商标,就有导致消费者混淆之虞,这样一来,传统侵权法就足以提供有效保护,反淡化法反倒失去用武之地。

从符号学的角度分析,反淡化保护的目的在于维护商标与特定出处而非所标示产品之间联系的“独特性”,因为商标的主要目的在于区分出处而非产品。从本质上讲,反淡化所维护的就是商标区别于其他商标的区分显著性。根据心理认知理论,冲淡的实质就是削弱驰名商标在消费者心中唤起特定出处的能力,而如果他人对驰名商标的使用有可能给驰名商标的美好联想造成负面影响,则构成丑化。至于淡化的证明,则应采取淡化之虞标准,这是由于反淡化的主要目的在于预防,一旦淡化实际发生,造成的损害将不可估量;而另一方面,淡化之诉的救济限于禁令,实际淡化必然造成损害,非禁令救济所能弥补。

关键词: 商标法 符号学分析 显著性 混淆 淡化

Abstract

Nowadays, the roles and status of trademarks in the market economy are changing so profoundly that well-known marks have gradually faded from the products they once adhered to and come to the fore in our lives in the end. Against the above background, there is an urgent need for “new breakthrough on ideas, new construction of theories and new design on system” of trademark protection. As a result, semiotic analysis of trademark law is here one of the attempts.

I

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 science. In the area of law science, the adoption of semiotic methodology can date back to the latter half of the 20th century, from the perspective of which, the legal phenomena, the

legal concepts, the legal theories and the law texts all belong to sign and the function of semiotic methodology is to facilitate the explanation of the law and the legal concepts. However, people did not use semiotic methodology in trademark law research until recent years. In comparison to general research on law, the semiotic analysis of trademark law has its special concern. Because the object itself of the law is a kind of sign, semiology is not only a kind of methodology but also related to ontological issues. In a way, the essence of trademark law is a kind of semiotic rule and the semiotic analysis is the basis and premise in the area of the trademark research.

Just as an American case demonstrated, the protection of trademarks is the law's recognition of the psychological function of symbols. The psychological analysis of the consumers' mental state is essential to the trademark law. As Saussure put it, the semiology is a part of social psychology and consequently of general psychology. Therefore, from the viewpoint of trademark research, semiology and psychology are two kinds of description of the same methodology. Besides, due to the uncertainty principle of trademark law, special attention should be paid to the multiplicity of methodologies and analysis viewpoints. Thereby, in addition to semiology and psychology, the author will also introduce economic analysis, let alone the traditional methods such as positive study, comparison, case study and historical analysis.

II

There are two kinds of typical sign structure, namely, the

Saussurean dyadic sign model and the Peircean triadic sign model. The dyadic sign model consists of signifier and signified while the triadic model adds a third element, say, object. As a typical sign, a trademark is composed of signifier, signified and object, i. e. the symbol, the origin of the product and the product respectively. There is no born trademark. Only through the semiosis process, namely, the adoption in the market and advertisement, could a symbol be recognized by the potential consumers and identify the origin of the product it adheres too. Generally speaking, the three elements of a trademark are not only keeping apart from each other but also are mutually related. Traditionally, the trademark is of triadic model. While with the social economic development, triadic structure gradually evolves into dyadic sign. Firstly, the scope of the signifier expands and then has included some features of the product itself. Secondly, the signified has changed into anonymous origin and eventually becomes a kind of legal fiction. Lastly, due to brand extension, the object of a trademark has extended to multiple products even overall which leads to ubiquity. In the case of ubiquity, the object goes gradually behind the curtain and the signified is strengthened. All in all, the function of the trademark and the related institution has changed tremendously.

As far as it concerns the function of the trademark and related institutional changes, the evolution of rules governing trademark transfer is a typical illustration. At the very beginning of the trademark system, a trademark means a specific origin and the mere mention of trademark transfer was incredible. Later, a trademark