



Trademark Law
Cases and Materials

商标法

原理与案例

王太平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Trademark Law
Cases and Materials

商标法

原理与案例

王太平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

商标法:原理与案例/王太平著. —北京:北京大学出版社,2015.3

ISBN 978 - 7 - 301 - 25434 - 9

I. ①商… II. ①王… III. ①商标法—中国—教材 IV. ①D923.43

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 018068 号



书 名 商标法:原理与案例
著作责任者 王太平
责任编辑 孙战营
标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25434 - 9
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址 <http://www.pup.cn>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印刷者 北京鑫海金澳胶印有限公司
经 销 者 新华书店
730 毫米×980 毫米 16 开本 31 印张 625 千字
2015 年 3 月第 1 版 2015 年 3 月第 1 次印刷
定 价 56.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

商标法
原理与案例

致谢与说明

严格地说,任何所谓的个人著作都不能说是著作者个人的。因为无论是思想与材料资源还是实际的完成过程,没有众多热心人的贡献,任何著作都是不可能最终完成的。因此,在这本书写完之际作此致谢与说明以铭记和表达感激之情。

首先,要感谢清华大学崔国斌教授和北京大学出版社孙战营老师。崔国斌教授不仅把我引荐给孙老师,而且还提供他写在前面的《专利法:原理与案例》和《著作权法:原理与案例》的模板供我参照。孙战营老师则不仅邀请我撰写本书,而且还是本书的责任编辑。孙老师对我时有拖沓的工作节奏非常宽容大度,但编校上却非常细心、严谨。这些均令我非常感动。

其次,要感谢听过我的课的湘潭大学知识产权学院的研究生们。自这本书开始写作之前至今天付梓出版,我在湘潭大学知识产权学院前前后后共讲授了五遍《商标法与反不正当竞争法专题研究》,这本书的许多内容都是在这些授课过程中完成的。尽管多数时间是我在课堂上讲,同学们在下面听,但他们的课堂参与带给了我许多灵感,更激发了我的许多新的认识。

再次,要特别感谢我的研究生邓璨、熊以、周怡、龙依婷、谭映华、谢欢、盛伟明、尹超群、唐莉等同学,她们在这本书的外文案例的初译上给予了我许多帮助,尽管最终经我逐字逐句全部重译或者校对,如有错误全部在我,但她们的帮助我一直铭记在心。

再次,要感谢书中所引相关理论、案例和材料的作者。抽去他们的贡献,本书将所剩无几。

最后,要对这本书的写作和使用做几点简短的说明:

1. 法条引用。本书论述除另有说明外全部是现行法的规定,但书中所引相关著述和案例仍然保持被引著述或案例原所述的法条,读者阅读时请特别注意被引著述或案例的时间及其对应的法条的内容。

2. 案例选取。尽管本书选取了许多案例,但却既不同于英美的案例书,也不同于我国的以案说法或者案例分析书,案例在这里既不像英美一样是一种可以被适用的先例,也不是如我国以往案例书那样为了理解现行法的规定而实例,本书所选案例(包括理论和材料)力求典型性,主要以权威性和所体现的特殊问题为标准来

2 商标法:原理与案例

选取,更为突出案例所引发或者反映的问题,期望通过这些问题启发思考,达到对商标法更深入而细致的把握。因此,本书的案例似乎更是一种分析问题的背景或者“场景”。需特别说明的是,本书有的案例是判决原文,有些经过了一定的删节,相关外文案例的全部注引均略去,需要的读者请自行查找原文。

3. 读者对象。本书目标主要是研究生兼及优秀本科生,也欢迎学界同仁批评指正。本书作者针对研究生教学一直以专题为主,既强调教学的体系性,更强调教学的专题性。其中专题性追求的是问题讲解的深度,而体系性则体现在专题结构的安排上。因此,本书对于一些非常基础的内容讲解很少,阅读本书需要具备本科阶段商标法的一般知识。

尽管近几年一直主要从事商标法研究和教学,对商标法的相关问题也算有所认识,但不得不承认,商业实践的不断发展和正在改变着商标的观念和商标法的构造,互联网、创客等已经或正在改变着商标法的规则甚至根本的运行模式,我本人对商标法的认识也一直处于“演变”之中,认识仍然有着巨大的差距,本书的错误也在所难免,期待着广大读者的批评和建议。

王太平

2014年10月08日于广州

目 录

第 01 章 商标法概述	1
§ 1.1 商标的本质与功能.....	1
§ 1.2 商标法的立法宗旨	31
§ 1.3 商标法律保护的基本政策	38
第 02 章 商标权取得的绝对条件	53
§ 2.1 商标的法定要素	53
§ 2.2 商标显著性	63
§ 2.3 商标的合法性.....	105
§ 2.4 商标的非功能性.....	116
第 03 章 商标权取得的相对条件	128
§ 3.1 他人的在先驰名商标.....	130
§ 3.2 他人的在先注册商标权.....	132
§ 3.3 被代理人或者被代表人的商标.....	133
§ 3.4 他人的地理标志权.....	141
§ 3.5 他人的其他在先权利(益)	142
第 04 章 商标权的内容与范围	152
§ 4.1 商标权的性质与内容.....	152
§ 4.2 商标权的范围.....	161
第 05 章 商标权的取得体制与程序	178
§ 5.1 商标权的取得体制.....	178
§ 5.2 注册商标的申请与审查.....	183
§ 5.3 注册商标的无效宣告和撤销.....	189
§ 5.4 商标评审.....	205

第 06 章 商标权的行使	209
§ 6.1 注册商标的有效期限、续展、变更	209
§ 6.2 注册商标的转让	213
§ 6.3 注册商标的许可使用	215
§ 6.4 商标权的质押和其他行使方式	226
第 07 章 侵犯商标权的判定标准与具体判断	227
§ 7.1 侵犯商标权的判定标准	227
§ 7.2 侵犯商标权的判断	261
第 08 章 各种侵犯商标权的行为	298
§ 8.1 《商标法》规定的侵犯商标权的行为	299
§ 8.2 《商标法实施条例》规定的侵犯商标权的行为	313
§ 8.3 《商标纠纷解释》规定的侵犯商标权的行为	321
§ 8.4 其他侵犯商标权的行为	323
第 09 章 侵犯商标权的抗辩事由	361
§ 9.1 商标权用尽与平行进口	361
§ 9.2 商标的正当使用	375
§ 9.3 自己商标权(益)抗辩	393
§ 9.4 侵犯商标权的其他抗辩事由	403
第 10 章 侵犯商标权的民事救济	405
§ 10.1 停止侵害	405
§ 10.2 损害赔偿	417
§ 10.3 侵犯商标权的其他民事救济	422
第 11 章 驰名商标保护	424
§ 11.1 保护驰名商标的根本原因和理论依据	425
§ 11.2 驰名商标的法律保护模式	427
§ 11.3 我国驰名商标保护制度	435
第 12 章 商业标志权利冲突问题	451
§ 12.1 商业标志的种类及保护模式概述	451
§ 12.2 商标标志权利冲突的表现、原因及其解决	468

商标法概述

最高人民法院知识产权庭庭长孔祥俊先生认为,“在遇到包括商标侵权认定在内的商标法律问题时,我们需要回到诸如商标权的目的、功能和价值之类的起点和本源,探寻商标权的基本价值取向,以此作为最根本的衡量标准”。^① 诚哉斯言!包括商标的本质与功能、商标法的立法宗旨与商标保护的基本现象在内的商标法的最基本的问题不仅是商标法各种具体制度设计的根本指导,也是处理实际商标法律问题的最终指引。因此,本书从商标的本质、功能以及商标法的立法宗旨与保护政策出发展开内容。

§ 1.1 商标的本质与功能

商标是商标权的客体,是商标法及其理论的重要的基石性概念。商标概念“是支撑整个商标法律理论之树的躯干”。^② 由于完整的概念包括概念和语词两个方面,而概念则反映着事物的一般的、本质的特征。因此,揭示商标概念就是探讨商标的本质。商标的本质是商标概念的核心,它不仅决定了商标的地位以及人们对待商标的根本方法,也决定或影响着商标法的制度结构及相关实践问题的处理。商标的功能是指基于商标的内在结构属性而与社会发生的,能够通过自己的运行造成一定客观后果并有利于实现社会价值,从而体现自身在社会中的特殊地位的一种关系。商标的功能同样是商标法中的重要问题,在很大程度上说,商标法存在的目的就是确保商标功能的实现。而社会对商标的功能需求则在很大程度上决定了商标法的基本构造和具体制度设计。在系统科学中,结构与功能具有紧密的联系,组成系统结构的要素是决定一个系统功能的最基本条件,决定系统功能的条件除组成要素外,系统中各要素排列组合方式的变化也都会使系统整体的关系发生

^① 孔祥俊:《商标与不正当竞争法——原理和判例》,法律出版社2009年版,第326页。

^② 刘春田:《商标与商标权辨析》,载《知识产权》1998年第1期。

结构变化,从而影响系统的功能。^①因此,尽管不同的结构可以实现不同的功能,不同的功能也能够由不同的结构来实现。结构与功能之间不仅有一定的对应关系,而且结构是决定性的,而功能是结构的表现。因此,分析商标的本质既可以通过直接描述商标重要的本质特征来进行,也可以通过分析商标本质的结构表现即功能来实现。本书采用后一种分析方法。因此,先分析商标的功能。

§ 1.1.1 商标的功能及其功能发挥的过程与机理

在商标法上,关于商标的功能中外学者认识大同小异。刘春田先生主编的《知识产权法》认为商标的功能包括识别、品质保证、广告及竞争等功能^②,曾陈明汝先生认为商标的功能包括表示商品来源或出处、表彰营业信誉、追踪商品来源、品质保证以及广告等功能^③,江口俊夫先生认为商标的功能包括表示商品出处、保证商品质量和广告等功能^④,Julius R. Lunsford 认为商标的功能包括来源识别、保证和广告等功能^⑤,美国著名商标法学者麦卡锡认为,“总体上,商标发挥着四种值得法院保护的功能:(1) 识别销售者的商品并将它们和其他销售者销售的商品相区别;(2) 意味着所有使用该商标的商品来自一个单一的即使是匿名的来源,或者为一个单一的即使是匿名的来源控制;(3) 意味着使用该商标的所有商品具有同样水平的质量;以及(4) 作为一种广告宣传或者销售这种商品的主要工具”。尤其值得注意的是,麦卡锡先生还认为,“除了这四种功能,还必须记住的是商标也是企业已经建立的商誉的客观标志。没有商标发挥的识别功能,购买者就将无法回来购买他们已经使用和喜欢的产品。如果这种消费者的满足和喜爱是‘商誉’的标签,那么商标就是世界能够识别那种商誉的标志。”^⑥本书认为,上述著述所列举的商标的功能可以概括为来源识别功能、质量保证功能和广告功能。因为上述著述中的“表示商品来源或出处”“追踪商品来源”“识别功能”“来源功能”可以包含在来源识别功能之内,“来源功能”与“识别功能”不过是同一事物不同侧面的表述而已。不过,近年来,随着品牌理论和市场营销技术与观念的发展,商誉积累、表彰等功能逐步被提出。

① 邹珊刚、黄麟维、李继宗、苏子仪、马名驹、朴昌根:《系统科学》,上海人民出版社1987年版,第117—120页。

② 刘春田:《知识产权法》,北京大学出版社、高等教育出版社2003年版,第239—240页。

③ 曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第10页。

④ [日]江口俊夫:《日本商标法解说》,魏启学译,专利文献出版社1982年版,第39—40页。

⑤ Julius R. Lunsford, “Consumers and Trademarks: the Function of Trademarks in the Market Place”, 64 TMR 77(1974).

⑥ J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*(4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:2.

(一) 商标的功能

1. 来源识别功能

在商标法发展的早期,商标被认为仅仅向顾客表示与标志所使用的产品或者服务相联系的产品物理来源或出处。在这种早期的保护的“来源理论”下,在哲学上商标许可就被认为是不可能的,由于许可意味着标志被和严格意义上的“来源”这个词的真正的制造“来源”无关的人所使用。1901年的 *Macuahan* 案是商标的这种来源理论的里程碑。该案认为,没有销售者或者许可人的整个企业的转让,商标不能转让和许可。“没有这种整个企业转让的转让或者许可与商标价值依赖的理论是完全不一致的。——与其恰当有关联的商品相分离,(商标)缺乏单独给予其价值的基本特点,从而成为错误的和欺骗的标识。”在这种严格的商标功能来源理论下,现代意义上的特许经营是不可能的,因为特许经营常常销售不直接产生于商标所有人的产品和服务。与之相对应的是,商标法的规定仍然是商标不能与和商标紧密相连的让与人的营业相分离而转让。^①

不过,随着现代工业的发展,在法院看来,商标仅仅指示着一个单一的即使是匿名的来源。就像 *Jerome Frank* 法官简要地指出的那样,“不要紧的是顾客是否知道谁是来源”。因此,商标识别的“来源”不必让购买者知道姓名。在购买者不知道或者不在意经销它的公司的名称的意义上,它可以是匿名的。但是,购买者有权假定所有带有同样商标的产品在某种程度上和那个单一的、匿名的来源相联系或者为它所控制。而一旦法院承认商标不必指示最初的精确来源而只是一种“匿名的”来源时,“商标发挥着在未知或者匿名的生产者与其预期顾客之间进行交流的手段”。^②

2. 质量保证功能

自20世纪30年代起,商标功能的新概念出现了。这种新的概念建立于来源理论基础之上并对它进行了扩张。这种新的概念承认,商标不一定必须指示唯一的制造者或者商人来源,而是发挥着指示一致质量水平的功能。结果,商标的“质量”或“保证”功能诞生了。不过需要注意的是,质量功能并未替代来源功能:二者是并列的。事实上,人们能够精确地说质量理论只是旧的来源理论的一个方面。也就是说,来源理论已经被拓宽以包括不仅制造来源也包括使用该商标的商品的质量标准来源:“商标主要发挥着指示商品或服务的单一质量控制来源的功能。”根据来源和质量理由,制造或者控制的统一来源看起来是基本的。在来源政策下,商标指示单一的尽管是匿名的来源,而在质量政策下,被许可的商标指示着质量控制的统一来源。还需要注意的是,商标的质量功能并不意味着商标总是意味着“高”质量

^① J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:8.

^② *Ibid.*, § 3:9.

的商品或服务,而仅仅是所有在该商标下供应的商品或服务的质量水平(不管是什么)将保持一致和可预测性。因此,称为“保证”功能在某种程度上具有误导性,商标不是严格法律意义上的保证或担保,而只是承认商标意味着在那个标志下销售的商品和服务的一致质量。^①

3. 广告功能

在商标的广告功能看来,商标不过是一种广告,其目的是固定看到该广告的人的头脑中的物品的身份和制造者的名称,因此看到该广告的人此后会自己利用该知识并将其带给对这种物品具有同样心愿和需求的他人。此时,商标不仅仅是商誉的符号,而且常常是商誉创造和消费者接受的最有效的代理人。也就是说,商标事实上帮助销售商品。^②

4. 表彰功能

与传统功能相比,商标符号表彰功能的出现是随着现代消费社会中人们心理消费需求的不断提升而自然产生的结果。对于那些尊崇符号消费理念的人们而言,商标除了具有“认牌购物”的指示意义外,更是彼此间进行社会交流的媒介和桥梁。一方面,基于人们对商品所形成的双重效用认知,商标“所指”的内涵得到了拓展,其不仅承载着反映产品客观效用的质量、功能等信息内容,更涵括了反映产品主观效用的文化、精神等信息内容。另一方面,随着消费者的消费观念由物质消费向意义消费的转化,原本在商标结构中占据重要地位的“对象”要素——产品——对消费者的意义正在逐渐减弱,消费者更看重的是对商标所承载的符号意义的体验。^③

5. 商誉积累功能

除了这四种功能,还必须记住的是商标也是企业已经建立的商誉的客观标志。没有商标发挥的识别功能,购买者就将无法回来购买他们已经使用和喜欢的产品。如果这种消费者的满足和喜爱是“商誉”的标签,那么商标就是世界能够识别那种商誉的标志。^④因此,对于那些正在创立品牌的企业而言,商标是凝聚和积累商品商誉的重要载体和工具,没有了商标,企业的商品商誉将无处附着,从而也就难以建立。

(二) 商标功能的实质及其功能发挥的过程与机理

从以上商标法上关于商标功能的总结来看,归根结底,商标的这些功能都可以概括为信息的传递,不管是最初的来源识别、区别功能,还是后来发展出来的质量

^① J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:10.

^② *Ibid.*, § 3:12.

^③ 徐聪颖:《论商标符号表彰功能的内涵及其法律保护》,载《市场营销》2010年第9期。

^④ J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (4th Edition), Thomson/West, 2006, § 3:2.

保证和广告功能,以及更新的表彰和商誉积累功能莫不如此。这大概就是经济学将商标作为消除信息不对称的工具的根本原因。

古典经济学认为,市场是万能的,信息是完全的,通过自利的自由竞争就可以实现社会资源的最优配置。然而现实中人们却发现,经济生活中常常存在着信息不完全的情况,信息不完全的主要表现形式之一就是信息不对称。所谓信息不对称指的是经济关系中一方知情,另一方不知情,知情的一方会有利用信息优势行骗讨便宜的动机的一种现象。由于信息的不对称,自利竞争的市场不仅未必能带来高效率,而且还常常让大家陷入丧失交易利益的“囚徒困境”。在商品交易中,厂商和消费者之间关于商品的信息显然是不对称的,通常厂商掌握的关于商品的信息比消费者多。由于信息的不对称,厂商和消费者之间的商品交易存在着信息障碍。经济学研究表明,在信息沟通不畅存在信息不对称的情况下会产生逆向选择行为,导致混同均衡的结果。导致混同均衡的制度在经济学中被认为是没有效率的。相反,在信息沟通顺畅不存在信息不对称的情况下,人们就不会进行逆向选择,而进行正常的正向选择,最后会形成一种分离均衡的结果。经济学认为能够达到分离均衡的制度是较好的制度,是有效率的。^①

这里试举一例说明有无信息沟通时市场交易的结果。为分析方便,我们只以商品的质量水平一个指标和市场占有率相同的 A1、A2、A3、A4、A5 五种质量水平不同的同种商品为例加以分析。其中,A1 级商品质量水平最高,A5 级商品质量水平最低。与质量水平相适应,生产这五种质量水平不同的商品的生产成本无疑也会不同,商品质量水平越高,生产成本也越高,反之则成本越低。

在没有有效的信息沟通的情况下,消费者并不知道哪种商品是质量水平最高的商品,也不知道哪种商品是质量水平最低的商品。消费者只能凭运气来购买质量水平从 A1 级到 A5 级的商品,根据随机概率,消费者既不会只购买到质量水平为 A1 级的质量最高的商品,也不会只购买到质量水平为 A5 级的质量最低的商品,消费者将要购买到的商品的质量水平大体会相当于这五种商品质量的平均水平,即 A3 级商品的质量水平。为了减少购买风险,追求自己效用的最大化,消费者最多只会按其最可能购买到的商品质量水平来出价,即出与 A3 级商品的质量水平相适应的价格,而绝不会出与 A1、A2 级商品的质量水平相适应的价格。也就是说,因为不知道其将要购买到的商品到底是质量水平最高的还是质量水平最低的,消费者将对质量水平最高的 A1 级商品和质量水平最低的 A5 级商品均按 A3 级商品来出价。既然如此,追求利润最大化的厂商为了降低生产成本就不会生产质量水平高于 A3 级商品的质量水平为 A1 级和 A2 级的商品,而只会生产质量水平为 A3、A4、A5 级的商品。因为 A1 和 A2 级的商品生产成本较高且无法卖到比 A3 级商品价格更高的价格。于是,A1 和 A2 级质量水平的商品就会退出市场,市场上就不会有 A1 和

^① 王则柯:《信息经济学的奠基人》,载《读书》2002 年第 1 期。

A2 级质量水平的商品,从而市场上商品的平均质量水平便会降低到 A4 级,相应地消费者的出价也会降低到 A4 级。于是,生产高于市场平均质量水平的 A3 级商品的厂商就不会继续生产 A3 商品,而只会生产 A4 或 A5 级质量水平的商品……。信息的不对称最终可能使得市场上的商品的质量水平越来越低。这种情况显然和我们平时的选择是不一样的,因为平时选择时人们一般是先选好的,把差的留下,而这种情况却相反,是把好的赶走,而把差的留下来,所以叫做逆向选择,它导致的结果被称作混同均衡。因为市场力量强迫愿意生产和购买不同质量水平商品的厂商和消费者强制性地实现了均衡。

而在信息沟通顺畅不存在信息不对称的情况下,生产各级质量水平商品的厂商各自的商品质量水平的信息能够传递给消费者,从而消费者就能够区分市场上不同质量水平的商品,即消费者知道 A1 级商品的质量水平是最高的,而 A5 级商品的质量水平是最低的。出价高就能买到高质量的商品,出价低则只能买到低质量的商品。从而消费者就会按自己的意愿为不同质量的商品支付与其质量水平相适应的价格,需要高质量商品的消费者取得高质量的商品同时也支付较高的价格,而需要较低质量商品的消费者取得质量较低的商品,同时也支付较低的价格。结果,各类消费者均取得了自己称心如意的商品,实现了其购买活动的效用最大化目标。同时由于高质量的商品能够以较高的价格来出售,那么就会有厂商愿意以较高的成本生产高质量的商品以满足消费者对高质量商品的需求。总体而言,生产各种质量的厂商也会达到其各自的利润最大化目标,而市场竞争的结果也必然会使生产各级质量水平商品的厂商均获得市场的平均利润率。于是,整个商品市场就达到了均衡。此时人们的选择和正常选择是一样的,不存在逆向选择问题,这种均衡在经济学上就叫做分离均衡。因为不同质量水平的商品卖出了不同的价格,并各自达到了均衡。

厂商与消费者之间的信息沟通状况不仅与所欲沟通的信息的种类有关,同时更与信息沟通的方式有关。

就所欲沟通的商品信息种类来说,有些是能观察到的,如商品的外观、色彩等,这些信息在交易之前就能够通过商品本身把信息传递给消费者。不过这些商品特征是很容易被他人模仿的,厂商在这些方面不容易取得竞争优势。商品的有些信息则是观察不到的,如商品的内在质量等,如果没有有效的沟通手段这些信息在交易之前是无法通过商品本身传递给消费者的。而在消费者估价和消费决策中,不可观察特征也许是商品总价值中的决定性的因素。因此关于商品的不可观察特征的信息的沟通才是最重要的。消费者了解商品的不可观察特征对于其购买决策是极其关键的。

厂商与消费者之间的信息沟通方式也是多种多样的。如可以直接通过商品本身传递关于商品的可观察特征的信息,也可以通过在产品包装上写明商品的质量

特征,如成分、味道等方式来分析性地传递商品的不可观察特征,同时也可以通过一些符号如商标、商业名称等来综合性地传递关于商品的不可观察特征的信息。

经济学研究成果表明,商标存在和商标保护的基本原因在于:(1)它们便利和促进了消费者决策,同时(2)它们创造了使厂商生产具有合意质量的产品积极性,尽管这些产品的质量在购买前是不可观察的。这两方面的效应均是如下这一事实的结果,即商标允许消费者在购买之前在所有可观察特征方面看起来一样的商品之间进行区分。其原因在于商标的经济功能是帮助消费者识别使用商标的产品的不可观察特征。同时商标的存在允许厂商根据商品的不可观察特征区分商品并且把这些不同有效地传递给消费者。同时,商标这种传递信息的方式不是以一种分析或分离的形式如尺码指示、成分表等方式提供给消费者的,而是以综合的形式即消费者通过一种有关商品的特征的特别组合的符号来识别的。分析形式的信息仅仅是对商标的补充而不是替代。^①概括地来说,商标的经济功能就是“消除信息不对称”。

由以上的分析可以看出,商标的这种消除信息不对称的经济功能不仅对于消费者购买决策有着重要意义,同时更对维护市场秩序有着重要的作用。因为信息不对称的减少使得消费者的消费决策具有更充分的理由,同时也促使厂商正当经营,生产具有多样性的产品。

以上我们分析了商标的经济功能。从这里的分析可以看出,商标在经济生活中发挥着一种在卖者与买者之间的信息传递功能,它的主要目的是区分具有不同的不可见特征的商品或服务。因此可以说商标是卖者与买者之间的信息传递即通信系统的一个组成部分。既然商标是通信系统的一个重要组成部分,我们就应该分析一下这个通信系统并探讨商标在这个通信系统中处于一个什么样的位置。这里我们首先描述一下一般通信系统及厂商与消费者之间的通信系统的构成及其有效的条件。

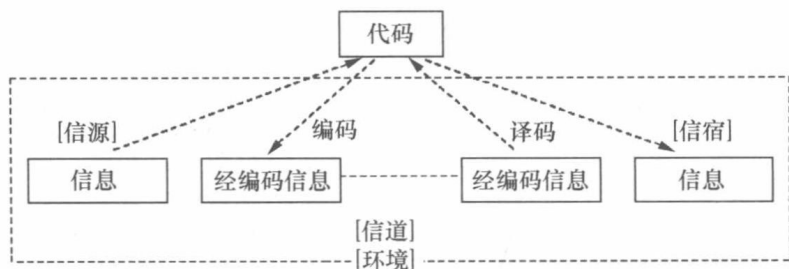
通信是信息学的重要的基础研究领域,信息学就是首先从通信发展起来的。最早对信息学进行研究的是申农,最初的研究主要就是通信,被人们称为狭义信息论,后来人们把信息的基本性质、度量方法以及信息的取得、传送、处理等一般理论也包含了进来,形成了信息科学。^②

根据信息学的研究,凡通信必定涉及两种实体,发送信息的实体叫信源,接受信息的实体叫信宿,通信过程是信源与信宿之间的一种特定的关联方式、一种系统现象或系统行为。实施通信活动的系统,叫做通信系统。在最初级的情形下,信源与信宿作为不同的物质实体通过直接的碰撞而交换信息,无需中间环节,此时的通

^① Economides, “The Economics of Trademarks”, 78 *TMR* 523, 526—531 (1988).

^② 苗东升:《系统科学精要》,中国人民大学出版社1998年版,第239页。

信系统仅需信源与信宿两个构成要素。而在大多数情形下,人类的通信均是利用信号或符号进行的较高级的通信活动,都不能由信源与信宿直接耦合而构成通信系统,必须有中间环节。一般而言,通信系统总是具有以下构成要素或结构:(1)信源与信宿。(2)信道。传送信息的通道,即载荷着信息的信号藉以通行的物理设施或介质场。信道是联结信源与信宿的主要中介环节,不同物理性质的信号,需要不同的物理性质的信道来传送。(3)编码与译码。信源与信道、信道与信宿都不能直接耦合,必须有中介环节。把信源与信道耦合起来的中介环节叫做编码器,把信道与信宿耦合起来的中介环节叫做译码器。首先信源发出消息、信号或符号不能直接在信道中传送,需要经过编码器的适当变换才能传送,而经过编码的消息、信号或符号并不能直接被信宿接收,还要经过译码器的译码才能接收,二者是两种互逆的操作。另外,任何通信均是在一定的环境下进行的。一般通信系统可以用下图加以表示:



通信的基本要求是多快好省地传送信息,通过对信源的剩余度、信道的容量以及编码的逐步改进与权衡,就能够最大限度地达到。其中信源的剩余度是刻画信源特征的指标之一,它是指在通信系统中,除了传送或恢复消息时所需要的信号之外,其余出现在信源、信道、信宿或系统其他部位的任何细节,它们对完成通信任务是多余的,把它们除掉对实现通信目标没有实质性影响。概率分布愈均匀,剩余度愈小,通信效率愈大;信道容量是信道最大可能的通信速度,表示信道传送信息能力的极限;编码解决的问题是信源与信道之间在数量特性上的互相匹配,从而使得信源熵与信道容量之间最佳配合。^① 同时,任何通信均有噪声,它是指通信系统中除开预定要传送的信号之外的一切其他信号,噪声有不同类型,就来源看有内噪声与外噪声,前者指由系统内部元件性能参数的无规变化等因素产生的有害信号,而后者指从系统外部混入系统的无用信号。一般而言,外噪声可以设法避开或削弱,而内噪声则原则上不可能消除。^② 这是通信系统的基本要素或结构、传递信息的要求及其有效的条件。

① 苗东升:《系统科学精要》,中国人民大学出版社1998年版,第249—255页。

② 同上书,第255—257页。

研究表明,厂商与消费者之间就存在着一个包括商标在内的通信系统。不过,厂商和消费者之间的通信是一个综合的复杂的过程,不仅包括商品可观察特征的信息的通信,也包括商品的不可观察特征的信息的通信,既包括厂商和消费者之间的初级通信,同时也包括较高级的通信,而其较高级的通信仍然由多种形式构成。本书认为,其中的初级通信就是厂商直接将其商品或服务交于消费者,在消费者使用该商品或享受该服务时就获得了厂商所欲传送的关于该商品或服务的信息。尽管这种厂商与消费者之间的通信通过了商品或服务,但是鉴于其所传递的信息是关于该商品或服务的信息,因此,仍然可以说这种通信是一种初级通信。同时关于商品的可观察特征的信息无疑是通过直接通信来完成,因为这些信息是直接被消费者观察到的。不过在进入工业社会以后,由于社会分工和专业化发展,厂商和消费者之间的距离越来越“远”,越来越不是一种直接关系。厂商的商品、服务一般也不是直接传递到消费者手中的。而且,对于商品来说,更为重要的是商品的不可观察信息。因此,厂商和消费者之间的商品的直接流转和初级通信不再是工业社会的常态,而仅仅是工业社会之前的自然经济社会商品交换的常态。

厂商与消费者之间的通信显然仅是一般通信的一种,其通信的原理也大体相同。从实际情况来看,厂商和消费者之间的通信显然既包括初级通信,也包括较高级的通信。鉴于现代工业及后工业社会的社会化大生产和专业化分工的生产关系特点,高级通信显然是厂商与消费者之间通信的常态和主要形式。因为在工业社会,厂商所生产的商品一般均需通过各级经销商或代理商层层分销或代理最终到达消费者。也就是说工业社会中厂商与消费者之间的距离是较“远”的,联系是间接的,只有通过较高级的通信,厂商的有关商品的信息才能够传递到消费者。

在厂商与消费者之间的高级通信系统中,信源就是厂商,信宿就是消费者。信道则包括商标从厂商传送到消费者的各种渠道,如新闻媒体、厂商的营业推广活动等等,所用的代码(即编码器和译码器)就是商标,编码就是厂商把商品信息附载在商标中即使用商标的过程,译码就是消费者通过商标来了解商品(信息)的过程。厂商与消费者之间的通信系统可以用下图来表示:

