



西藏民族学院法学文库
Tibet Institute for Nationalities

商标显著性研究

张林 / 著



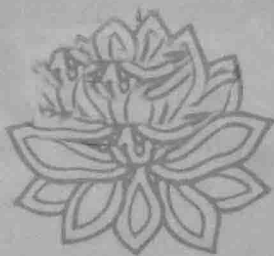
厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

西藏民族学院法学文库
Tibet Institute for Nationalities

商标显著性研究

张 林 / 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

商标显著性研究/张林著. —厦门: 厦门大学出版社, 2014. 11

(西藏民族学院法学文库)

ISBN 978-7-5615-5268-1

I. ①商… II. ①张… III. ①商标法-研究-中国 IV. ①D923.43

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 235996 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

总编办电话: 0592-2182177 传真: 0592-2181253

营销中心电话: 0592-2184458 传真: 0592-2181365

网址: <http://www.xmupress.com>

邮箱: xmup@xmupress.com

厦门市明亮彩印有限公司印刷

2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

开本: 720×970 1/16 印张: 17.25 插页: 3

字数: 300 千字 印数: 1~1 200 册

定价: 45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

西藏自治区教育厅、西藏民族学院资助出版



“西藏民族学院法学文库”编委会

编委会主任委员

朱崇实 刘洪顺

编委会副主任委员

王学海 侯 明

编委会委员

朱福惠	邱伟杰	侯利标	徐崇利
朱炎生	蒋东明	陈福郎	施高翔
陈立明	朱玉福	杨长海	姚俊开
黄军锋	胡晓琴	李 红	



2007年作者与江平老师的合影

作者简介

张林，陕西咸阳人，法学博士，西藏民族学院法学院副教授，西藏自治区高级人民法院民一庭庭长助理，主要从事西藏法治建设、非物质文化遗产和知识产权法的研究。近年来在《政治与法律》《甘肃政法学院学报》《中国版权》等刊物上发表学术论文十余篇，合著2本，主持国家社科基金项目1项，校内项目1项，参与省部级科研项目2项。电子邮箱：linzhang505@163.com。



2014年作者与丁丽瑛老师的合影

总序

由厦门大学出版社和西藏民族学院联合推出的西藏自治区首部法学理论研究丛书——“西藏民族学院法学文库”即将问世,这是国家实施对口援藏战略以来,厦门大学支持西藏民族学院学科建设的又一重要成果,也是西藏民族学院法学研究的重大进展,值得热烈祝贺!

身处中国改革开放最前沿的厦门大学和地处祖国腹地的西藏民族学院的合作,具有战略意义。自2002年开始,国家教育部确定国内一流高校对口援助西藏民族学院。由著名爱国华侨领袖陈嘉庚先生于1921年创建的厦门大学,是中国近代教育史上第一所华侨创办的大学,也是中国唯一地处经济特区的国家“211工程”和“985工程”重点建设的高水平研究型大学。秉承“自强不息,止于至善”的校训,厦门大学的办学水平和科研实力享誉国内外。作为西藏高等教育的开拓者,1958年创建于关中平原、古都咸阳的西藏民族学院,不仅光荣地扮演着“西藏干部摇篮”和“西藏人才基地”的醒目角色,而且也是中国藏学研究重镇,西藏在祖国内地的窗口。她以“爱国、兴藏、笃学、敬业”为校训,坚持面向西藏、服务西藏的办学宗旨,肩负着为培养西藏社会主义事业合格建设者和可靠接班人的历史使命,创造了辉煌的办学业绩,全面而深刻地影响了西藏和平解放以来的历史进程。2008年10月,中共中央总书记、国家主席胡锦涛致信祝贺西藏民族学院建校50周年,对她的历史功绩给予高度评价。厦门大学和西藏民族学院两校间构架起来的对口援藏和全面合作机制,不仅使

尚处发展阶段的西藏民族学院获得了积极推进学科建设、提升教育教学质量的高端平台,而且对传承西藏民族文化,加快西藏跨越式发展,维护国家统一和民族团结,实现中华民族的伟大复兴具有重大的意义。

法学专业是西藏民族学院的特色专业和重点发展专业。创办于20世纪90年代初的西藏民族学院法学专业,虽然历史不长,但成绩斐然,已经成为西藏法学专业人才的培养基地。1993年,根据时任西藏自治区党委书记的胡锦涛同志的指示,西藏民族学院正式开办法学专业,开创了西藏地方培养社会主义法律专业人才的先河。近20年来,西藏民族学院法学专业经历了由专科到本科,由单一方向到多方向培养,由传统综合法学到专业特色凸显的巨变,具备了较强的办学实力。2009年,法学专业被确定为西藏自治区特色专业。法学教学团队也在2010年被确定为自治区级教学团队。2010年5月,西藏民族学院法学院正式成立,标志着法学专业的发展已经跃升至新的历史起点。

法律专业人才对西藏社会稳定和发展的意义不言而喻。自1950年西藏和平解放到1965年建立“西藏自治区”,中国共产党在西藏的民族区域自治政策取得了历史性的胜利,成为新中国民族政策的成功范本。作为中国最大的民族区域自治地区之一,迫切需要一大批政治素质过硬、法律素养扎实、富于使命感的法学专门人才,致力于积极推进中国特色的民族自治政策的顺利实施,不断完善党的民族区域自治政策,传承和弘扬民族文化,促进各民族融合和共同发展,维护西藏的和谐稳定,捍卫国家安全。与此同时,西藏民族学院培养的法学专门人才,在西藏各级立法、执法部门,以自己良好的职业素养和高度的责任感,为推进西藏地方法律体系建设,健全民族区域自治政策,保障西藏社会经济发展,作出了出色的贡献。随着西部大开发和中央第五次西藏工作座谈会的召开,西藏又将迎来发展的伟大历史机遇,同时对法学人才的需求又将大大增加。法学人才在西藏当代社会发展和国家长治久安的历史进程中,必将扮演着更加重要

的角色。我们必须从战略的高度认识人才队伍建设的重要性,精心培养西藏自己的法学领域专家学者,不断形成面向西藏、服务西藏且具有相当影响的研究特色,全力打造西藏法学理论的研究基地。“西藏民族学院法学文库”丛书的出版,将有力助推西藏民族学院法学学科和专业发展,有利于更好地培养西藏法学专业人才,有利于西藏的发展和稳定,共襄中华民族的伟大复兴大业。

厦门大学出版社志存高远,无私援助,以西藏民族学院朱玉福博士的《中国民族区域自治法制化:回顾与前瞻》为开卷之作,隆重推出“西藏民族学院法学文库”,并将陆续出版西藏民族学院学者的法学著作,对西藏民族学院法学学科建设和学科梯队的构建以最直接的扶持,其学术眼光和文化使命感令人钦佩。我期望西藏民族学院法学院不负厚望,制定规划,抓住契机,在未来可预期的时期内,以此为高端平台,推出系列化学术精品,提升法学研究的水准,构建富于特色的法学学科框架,把西藏民族学院的法学研究推向新的境界,为西藏的法制建设和社会文明作出历史性贡献。

西藏民族学院院长 刘洪顺

2010年7月16日

文中英文首字母缩写组合的汉语翻译

(按照英文字母顺序排列)

- 2d Cir. 全称为: The Second Circuit Court
翻译为: 美国联邦第二巡回法院
- 3d Cir. 全称为: The Third Circuit Court
翻译为: 美国联邦第三巡回法院
- C. C. P. A. 全称为: The United States Court of Customs and Patent Appeals
翻译为: 美国海关和专利上诉法院
- C. M. L. R. 全称为: Common Market Law Reports
翻译为: 欧洲共同体市场法律报告
- CTMR 全称为: Community Trade Mark Regulation
翻译为: 欧共体商标条例
- ECJ 全称为: European Court of Justice
翻译为: 欧洲法院
- E. D. N. Y. 全称为: District Court for the Eastern District of New York
翻译为: 美国纽约东部地区联邦法院
- ETMR 全称为: European Trade Mark Reports
翻译为: 欧洲商标报告
- Fed. Cir. 全称为: Court of Appeals for the Federal Circuit
翻译为: 美国联邦巡回上诉法院
- N. D. Cal 全称为: Northern District California
翻译为: 美国加利福尼亚州北区联邦地区法院
- OHIM 全称为: Office For Harmonization In The Internal Market
翻译为: 欧洲内部市场协调办公室

- PTO 全称为:United States Patent and Trademark Office
翻译为:美国专利商标局
- S. D. N. Y. 全称为:District Court for the Southern District of New York
翻译为:美国纽约南部地区联邦法院
- TRIP 全称为:Agreement On Trade-related Aspects of
Intellectual Property Right
翻译为:与贸易有关的知识产权协议
- T. T. A. B. 全称为:Trademark Trial and Appeal Board
翻译为:美国专利商标局商标审判和复审委员会
- U. S. P. Q. 全称为:United States Patents Quarterly
翻译为:美国专利季刊

内 容 摘 要

商标的标示来源功能是商标最基本、最主要的功能,而商标显著性则是对商标标示来源功能的抽象化。商标的标示来源功能在构成商标显著性事实基础的同时,也构成了商标显著性最容易为人们所接受的内涵——商标显著性就是商标所具有的识别力和区别力。但是,该种定义忽视了商标显著性所具有的平衡公共利益与私人利益的作用。商标具有显著性,法律就会赋予商标专用权,对商标的使用就会进入私人领域;商标不具有显著性,则意味着该商标处于公有领域,任何人都可以免费使用,对于该商标的使用并不存在排他性的权利。

商标显著性是消费者对于商标标识的主观认知状态。“第二含义”、知名、商标的混淆可能、商标的淡化等等商标法中的重要概念,事实上都与消费者的认知状态有着密切的联系,并且,商标法中的上述概念不是在分析单个主体的主观状态时使用的,而是针对大量消费者,针对某种争议商品或服务的广大消费者和潜在消费者来使用的。商标法对商标显著性的规定意味着商标法对商标的心理学功能的承认。

商标显著性不仅仅是商标的本质特征,它还是庞大的商标体系得以建立的基础。根据显著性的来源不同,可以将商标显著性分为固有显著性和获得显著性,根据固有显著性的 Abercrombie 分类法,还可以将商标分为:臆造性商标、任意性商标、暗示性商标、描述性标志和通用名称。

商标显著性作为商标的本质特性,并不是商标法所保护的对象,商标专用权才是商标法的保护对象。商标专用权是商标显著性的逻辑归宿,即对商标显著性的分析和研究最终都会回到商标专用权上,而不论是在采用使用取得原则的国家,还是在采用注册取得原则的国家。

关键词 商标显著性;商标专用权;固有显著性

目 录

导论	1
一、研究背景与选题的意义	1
二、国内外研究综述	3
三、研究思路和研究方法	8
四、研究内容和结构设计	9
第一章 商标显著性的立法地位	12
第一节 商标显著性的定义	12
一、商标显著性的代表性学理定义	12
二、商标显著性的立法规定	14
三、小结	21
第二节 商标显著性的立法地位及其意义	22
一、商标显著性是对商标标示来源功能的抽象化	22
二、商标显著性是商标专用权的基础	28
三、商标显著性是商标法利益平衡的主轴	38
第二章 商标显著性的分类及其意义	44
第一节 固有显著性与获得显著性	44
一、按照显著性的取得方式不同将显著性分为固有显著性 和获得显著性	44
二、固有显著性与获得显著性分类的意义	47
三、对固有显著性与获得显著性分类的质疑	48

第二节 来源显著性与区别显著性	50
一、来源显著性与区别显著性的划分依据	50
二、来源显著性与区别显著性的分类意义	58
第三节 强显著性与弱显著性	59
一、根据显著性的强弱程度分类的意义	59
二、我国立法对于强商标与弱商标的划分	60
三、商标显著性与商标的力量	61
四、对商标显著性强弱进行判断的方法	64
第三章 商标的固有显著性	68
第一节 商标固有显著性的 Abercrombie 分类法	68
一、商标固有显著性的 Abercrombie 分类法的产生	68
二、毕比教授对固有显著性的 Abercrombie 分类法的分析	69
三、本书对固有显著性的 Abercrombie 分类法的分析	71
第二节 基于 Abercrombie 分类法所形成的商标显著性等级系统	72
一、臆造性商标	72
二、任意性商标	74
三、暗示性商标	75
四、描述性标志	82
五、通用名称	91
第三节 特殊商标的固有显著性判断	94
一、特殊字母商标的固有显著性判断	94
二、特殊文字商标的固有显著性判断	100
三、组合商标的固有显著性判断	106
四、地理名称商标的固有显著性判断	111
五、三维商标和外包装商标的固有显著性判断	114
六、颜色及颜色组合商标的固有显著性判断	118
七、气味或香味商标的固有显著性判断	120
八、声音商标的固有显著性判断	121

第四章 商标的获得显著性	124
第一节 对国外商标获得显著性的理论分析	124
一、概述	124
二、对美国商标获得显著性的理论分析	124
三、对欧洲国家及欧共体商标获得显著性的理论分析	126
第二节 获得显著性的判断	128
一、我国判断获得显著性的原则	128
二、对“小肥羊”商标案的评析	130
三、本书对于获得显著性判断的建议	132
第三节 “第二含义”的意义阐释	136
一、“第二含义”并非描述性标志的“次要含义”	136
二、“第二含义”的认知心理学分析	138
三、将 Secondarg Meaning 翻译成“第二含义”的语言学分析	143
第五章 商标显著性与商标专用权的取得	145
第一节 商标权使用取得原则与商标显著性	145
一、美国商标法中的商标权	145
二、商标权使用取得与商标显著性	154
第二节 商标权注册取得原则与商标显著性	159
一、商标注册制度	159
二、商标权注册取得原则下的商标使用	166
三、商标注册审查与商标显著性判断	172
四、未注册商标权益保护中的商标显著性判断	180
第六章 商标显著性与商标专用权的保护	186
第一节 商标显著性与商标混淆	186
一、商标混淆可能的立法规定	186
二、判定存在混淆可能的方法	190
三、商标显著性与混淆可能理论	194
第二节 商标显著性与国外商标反淡化保护	198
一、商标淡化理论概述	198

二、商标淡化的理论与实践	200
三、商标显著性与商标淡化	205
第三节 商标显著性与驰名商标的特殊保护	212
一、问题的提出	212
二、驰名商标概念的产生来源	213
三、驰名商标的认定方法	215
四、商标显著性与驰名商标的认定	219
五、我国对驰名商标反淡化保护的理论与实践	223
第七章 我国商标显著性制度的完善与创新	226
第一节 我国商标显著性的立法规制	226
一、显著性并不仅仅是注册商标的特性	226
二、明确规定通过使用获得显著性的条件	228
三、明确显著性的丧失与商标注册撤销之间的关系	229
四、对知名商标的反淡化保护加以规定	230
第二节 我国商标显著性的行政机制创新	231
一、构筑以商标显著性为基础的注册商标体系	231
二、承认消费者调查问卷的证明效力	233
三、将商标显著性的强弱作为判定驰名商标的重要内容	234
第三节 我国商标显著性的司法机制创新	235
一、消费者调查问卷在商标案件中的证据地位	235
二、词典作为证明商标显著性的证据地位	239
三、作为证据的第三方使用	245
参考文献	248
附录	255
后记	259

导 论

一、研究背景与选题的意义

波德里亚在其名著《物体系》开篇之处首先就对物及其分类提出了问题：“试想，是否有可能将人类制造的繁多物品进行分类？有如草木虫鱼一般，区别为热带性、冰河性；标识其突变类型，或面临绝种的品种？在都市文明里，一代一代的产品、机器或者新奇无用的玩意儿，层层袭来，前仆后继，相互取代的节奏在不断加快；相形之下，人反而变成一个特别稳定的种属。”^①而波德里亚在导论中所说的这几句话，不得不让人想起法国另一位著名哲学家福柯，他在其名著《词与物——人文科学考古学》的导言中，也通过对“中国某部百科全书”动物分类的分析，开始探讨物的分类及其社会意义。

在市场经济中，物大多都以商品的形态出现，对于消费者来说，如果仅从使用价值来看，摆放在商场中的这张床与那张床有什么差别，这张桌子与那张桌子有什么差别？人们在购买商品的时候并不仅仅是基于对商品使用价值的需要，他们还有其他欲求。在现实生活中，人们抛弃旧家电或旧家具往往也并不是因为商品使用价值的丧失，很可能是因为它们在人们观念中“变旧了”。而在这一过程中，商品的橱窗展览、广告宣传、商标、生产者的商号、商品的包装装潢等因素，作为一个体系构成了对消费者无形的号召力：“去购买新的。”很多时候，消费者的需求并不是对某一商品的需求，而是对差异的“需求”，因此我们也就理解了为什么不会有“圆满的满足”，为什么消费者的需求

① [法]尚·布希亚：《物体系》，林志明译，上海人民出版社 2001 年版，第 1～2 页。