

商标跨类保护的跨学科解释

卢洁华 王太平

内容提要：商标跨类保护一直饱受理论争议和司法质疑。独特性说、质量反馈说、市场先占说和搭便车说等均可为其提供一定的解释，但却都存在缺陷。商标受损害说虽然有力，但却对损害分析不足，而符号学、心理学和品牌学等方法则有助于分析商标跨类使用的损害，从而为商标跨类保护提供合理解释。在符号学看来，商标本质上是商标标志与商品信息的统一体，跨类使用将导致商标多义化；在心理学看来，商标本质上是消费者记忆中的核心节点，跨类使用将导致消费者对同一商标形成多套认知网络；在品牌学看来，商标的本质在于其所承载的独立的符号价值或品牌价值，跨类使用意味着实质性的品牌延伸利益。总体而言，符号学和心理学分析突显了商标跨类使用的现实损害，品牌学则证明了商标跨类保护是商业实践发展和商标演变的必然结果。无论是现实的损害还是未来的商业利益，这些跨学科方法共同为商标跨类保护提供了扎实的理论解释。

关键词：商标淡化 跨类保护 符号学 心理学 品牌学

Abstract: Trademark cross-class protection is highly disputed, both theoretically and judicially. It can be rationalized, to some extent, by doctrines of uniqueness, quality feedback, market preemption, and free-riding, etc.; but these doctrines have inherent drawbacks. The trademark injury doctrine is the most convincing among them, but it does not give a sufficient analysis of the injury. Instead, the interdisciplinary approaches of semiotics, psychology and brand science can help to analyze the injury of cross-class use of trademarks; and provide reasonable explanations for cross-class protection. From the semiotic perspective, a trademark is essentially a unity of mark and information of the commodity, while cross-use gives multiple meanings for a trademark. From the psychological perspective, a trademark is essentially the knot in a consumer's memory, while cross-use enables consumers to develop multiple cognitive networks of a trademark. From the perspective of brand science, the essence of a trademark is its independent symbol value or brand value, while cross-use means tremendous commercial value by brand extension strategy. On the whole, the semiotic and the psychological analysis stress the real injury caused by the cross-use of trademarks; and brand science proves that the cross-class protection is the inevitable result of commercial practice and trademark evolution. From the point of both real injury and future commercial interest, the interdisciplinary approaches provide solid theoretical foundation for future research on trademark cross-class protection.

Key Words: trademark dilution; cross-class protection; semiotics; psychology; brand science

一、问题的提出

作为一种突破传统按类保护原则的商标跨类保护，商标淡化诞生于欧洲，发达于美国，今天已经普及至全球。在商标淡化逐渐制度化与

全球化的过程中，伴随着诸多的理论争论与司法质疑。理论上，商标跨类保护遭受了“总体财产权”（property rights in gross）的严重质疑；^①实践中，在美国，“很多法官厌恶它，因为他们

作者简介：卢洁华，湘潭大学知识产权学院知识产权专业硕士研究生

王太平，广东外语外贸大学法学院教授，广东外语外贸大学21世纪海上丝绸之路协同创新中心和“走出去”战略下涉外法律研究服务中心研究员

① Milton W. Handler, Are the State Antidilution Laws Compatible With the National Protection of Trademarks?, 75 TMR 269, 278 (1985).

从淡化理论中看到了对商标的很大区域的独占性。”^②在欧洲，“欧洲法院似乎讨厌使用‘淡化’这一词语，更不愿意提及淡化概念的理论、历史和逻辑基础。”^③归根结底，理论争论和司法质疑源于商标跨类保护的依据不扎实。为了合理解释商标跨类保护，学者提出了“独特性说”、“搭便车说”、“市场先占说”、“质量反馈说”、“商标受损害说”等多种学说，但这些学说或多或少有着某种缺陷，在解释跨类保护上显得有些力不从心。

最早提出也是最有影响的学说是斯凯特的“独特性说”（the uniqueness）。斯凯特认为，商标独特性的保护应该构成商标保护的唯一合理基础，理由是，商标的促销能力决定了其在市场中的价值，而促销能力主要由其所使用的商品或服务的优点、商标本身的独特程度所决定，如果商标被使用在其他商品或服务之上，将可能损害商标的独特性，所以，商标得到保护的程度应该取决于商标所有人为商标的独特性所付出的努力。^④“独特性说”从新时期商标的价值基础出发来解释商标跨类保护的合理性，具有现实的说服力。但其所认为的跨类保护的主体仅限于臆造商标，这使得“独特性说”在解释今天的跨类保护实践上具有相当的局限性，因为今天的商标跨类保护事实上并不限于臆造商标。不仅如此，今天的商标跨类保护不仅针对对驰名商标弱化的淡化，而且还针对对驰名商标丑化或者玷污的淡化，这也是斯凯特的“独特性说”所未曾考虑到的。

几乎在斯凯特提出“独特性说”的同时，乔治·戈贝尔和爱德华·卢肯斯基本上同时提出“质量反馈说”、“搭便车说”和“市场先占说”等理论的雏形。^⑤乔治·戈贝尔举了一个例子，“如

果被告的雪茄烟是质量低劣的，原告作为优质商品的生产者的声誉就很有可能受损害”，“并且，阻止了原告延伸进入他本来可以轻而易举地进入的雪茄烟生产的商业领域”，这既损害了原告的权利或利益，同时使得被告通过搭便车谋取不正当利益。其中，“质量反馈说”（the quality feedback）基于商标的质量保障功能而认为，消费者认牌购物是因为商标的质量指示器作用，假如在后商标使用者的商品质量欠佳，消费者会将其负面印象反馈至在先商标所有人的商品上。该学说在理论上具有一定的合理性，但实证研究发现，“质量反馈说”似乎并不符合消费市场的实际情况，基于在先商标有相当的核心影响力，在后商品的欠佳质量一般不会影响消费者对在先商标的总体评价。^⑥与“质量反馈说”不同，“市场先占说”（the market preemption）并不考虑现在的损害而是考虑未来利益的损失，即在后使用者先占了在先商标所有人本来可能扩张的市场，导致在先商标所有人未来的市场机会丧失。^⑦然而，“市场先占说”实际上是简单地预设商标所有人拥有一个未来的权利，^⑧这里不得不考虑的问题是，在先商标所有人进入另一个市场的可能性有多大？仅仅依据在先商标所有人准备进入一个遥远的市场的可能而赋予他这个权利，这显然不符合市场竞争的要求。与“市场先占说”关注未来收益的损失相似，“搭便车说”（the free-riding）认为在后使用者通过使用在先商标所有人的商标而搭了其便车，从而以较低的成本攫取与在先商标所有人相关联的利润。如果法律对此不予以禁止，搭便车的行为最终可能损害在商标上体现出来的信息资本，而且不利于激励经营者努力开发有价值的商标。^⑨然而，搭便车行为的经验数据却不支持这种结论，实际调查的经

② J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th ed., Thomson/West, 2014, § 24:84.

③ J. Thomas McCarthy, Dilution of A Trademark: European and United States Law Compared, 94 TMR 1163, 1165(2004).

④ Frank I. Schechter, The Rational Basis of Trademark Protection, 40 Harv. L. Rev. 813, 830-31 (1927).

⑤ 关于乔治·戈贝尔和爱德华·卢肯斯的具体论述，see George W. Goble, Where and What a Trade-Mark Protects. Illinois Law Review, 1927-1928, (22): 385; Edward C. Lukens. The Application of the Principles of Unfair Competition to Cases of Dissimilar Products. University of Pennsylvania Law Review and American Law Register, 1926-1927, (75): 203.

⑥ See Mark A. Lemley & Mark McKenna, Irrelevant Confusion, 62 STAN. L. Rev. 413, 436-46(2010). Also See Mark P. McKenna, Testing Modern Trademark Law's Theory of Harm, 95 IOWA L. Rev. 63, 114-15 (2009).

⑦ See Mark P. McKenna, Testing Modern Trademark Law's Theory of Harm, 95 IOWA L. Rev. 63, 90 (2009).

⑧ Mark A. Lemley & Mark P. McKenna, Owing Mark(et)s, 109 Mich L. Rev. 137, 144(2010).

⑨ See William M. Landes and Richard A. Posner, Trademark Law: An Economics Perspective, 30 J. L. & Econ. 265, 270 (1987).

验数据无法证明商标所有人因此而受到损害,^⑩因此,商标所有人基于没有损害发生的法律主张似乎就是空洞和不充分的。

鉴于以上学说的诸般缺陷,最近几年学者提出了一种“商标受损害说”(the trademark injury)。学者认为,因为实际调查已经证明,以上学说要么是空洞的论证,要么缺乏实证调查的支持,特别是“市场先占说”和“搭便车说”已经从根本上背离了商标法和商标理论的传统基础,不利于市场自由竞争,简单的解决方法将是彻底抛弃这些学说,创造一种“商标受损害”的理论。“商标法需要一种商标受损害的理论,以区分法律应该保护的正当利益的损害和仅仅获得他人享有的利益的要求”。^⑪本文认为,尽管商标是动态的,跨类的未来利益对商标所有人也很重要,商标法有必要为商标所有人留出未来发展的空间,但商标侵权毕竟属于民事侵权,应符合侵权法的一般原理。而在侵权法上,未来可得利益的损失固然也有可能获得侵权法的救济,但侵权法所能够救济的可得利益必须是“必然的或者极其有可能得到的”,^⑫否则不能获得救济。因此,相对于前述几种学说,“商标受损害说”似乎更能切中问题的要害。但问题是,“商标受损害说”所言的损害具体指什么呢?从这种学说的内容来看,学者的论证似乎并未脱离传统的混淆理论,他们认为,该损害应该是消费者对商品实际来源的混淆或者是质量责任的混淆、或者是对消费者购买决定有重大影响作用的其他形式的混淆而导致的损害。然而,假如不存在消费者的混淆呢?事实上,商标跨类使用在很多情况下并不会导致混淆,他们关于混淆而导致损害的观点并不能正面回答商标跨类使用的损害问题。

鉴于“商标原理是一种混合原理”,^⑬运用单一的法律视角进行研究难免有一定的局限,符

号学、心理学、品牌学等跨学科分析方法则可以提供更丰富的研究视角。^⑭运用于商标跨类保护,这些跨学科方法更有利于深入认识跨类使用对商标造成的损害,从而建立更为切实的“商标受损害说”,为商标跨类保护提供理论解释。因此,本文尝试运用符号学、心理学、品牌学的跨学科方法,分析商标跨类使用的影响和保护的理由,以抛砖引玉。

二、商标跨类保护的符号学解释

商标是一种典型的符号,专门研究符号现象的符号学对商标理论的理解就有着本体上的意义,运用符号学分析商标领域的基本范畴无疑切中了其要害。^⑮尤其是借助于符号学关于符号结构和符号意义的生成和演变历程的分析,有助于深刻理解商标动态发展历程中的商标跨类使用现象,管窥商标跨类使用的影响,解释禁止商标跨类使用的理由。

(一) 商标的符号本质

经济学意义上,商标的功能在于节约消费者的搜寻成本,^⑯消除厂商与消费者之间关于商品信息的不对称。消除信息不对称则意味着促进信息的传递,商标实际上成为了一种信息运载工具。进一步来说,商标可以作为传递信息的工具的根本原因是什么?本质而言,因为商标是一种符号,有一定的内在结构,分析其符号本质与结构可以更深入地理解商标。

符号学中,符号就是符号形式(能指)与符号内容(所指或者称意义)的相互关系。^⑰具体而言,所指是符号的灵魂,没有所指就没有符号,因为符号的功能旨在表现、传达思想和感情以及信息,即符号意义。相应地,符号能指只是作为传递符号所指或者符号意义的一种手段,其本身并无特殊的含义或者特别的价值。当然,

^⑩ Mark A. Lemley & Mark P. McKenna, Owing Mark(et)s, 109 Mich L. Rev. 137, 137(2010).

^⑪ Mark A. Lemley & Mark P. McKenna, Owing Mark(et)s, 109 Mich L. Rev. 137, 188(2010).

^⑫ 张新宝著:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第57页。

^⑬ Barton Beebe, The Semiotic Analysis of Trademark Law, 51 UCLA L. Rev. 621, 624(2004).

^⑭ See Wang Taiping, On the Methodologies of Trademark Law, China Legal Sci. 118(2013).

^⑮ 彭学龙著:《商标法的符号学分析》,法律出版社2004年版,第2页。

^⑯ See William M. Landes and Richard A. Posner, Trademark Law: An Economic Perspective, 30 J. L. & Econ. 269(1987).

^⑰ 池上嘉彦著:《符号学入门》,张晓文译,国际文化出版公司1985年版,第45-46页。

符号形式也不可忽略，因为从人类感知的角度而言，符号形式比符号意义更直观地让我们感知得到。由于符号的内容是抽象的，是无影无形的，必须与“某种具有形态的东西”即符号形式相结合才能被传递。也就是说，虽然所指的是符号的灵魂，但能指在符号中同样具有重要的地位，符号能指因为能够被感知而成为一种传递符号意义的工具和手段。

按照符号的内在结构来理解，不难发现，商标本质上就是一种符号，由作为能指的商标标志与作为所指的商品信息所构成，是商标标志与其所代表的商品信息的统一体，两者缺一不可。正如麦卡锡的生动比方，商誉与其商标标识不可分离，就好像暹罗双胞胎一样至死不可分离。^⑮那么，从商标的符号结构来看，作为符号所指的商品信息就是商标的灵魂，传递着重要的信息，而作为符号能指的商标标志是传递商品信息的重要手段，因浓缩了商品信息而成为商品最显眼的特征之一。

（二）商标跨类使用的符号学影响

正如符号是有生命的一样，商标也处于一种动态演变的发展过程中，从作为能指的商标标志与作为所指的商品信息的结合，到结合之后的稳定或者变化，再到最后的慢慢衰亡，商标也经历着生命般的过程。商标的生成、演变是通过意指过程即商标使用来完成的。这个过程具体包括两个方面：对厂商一方来说，厂商为其经营的X商品选择一个商标标志X，并将X商标标志贴附于X商品上而向市场提供，从而完成给予X商标标志以X商品信息意义的活动；对另一方的消费者来说，通过购买和使用贴有X商标标志的X商品，消费者渐渐地就会了解X商品的相关信息，而由于这些信息是与X商标标志结合在一起出现的，于是消费者就会将X商品的相关信息赋予给

X商标标志，从而在消费者看来，X商标标志就与X商品的有关信息结合成为一体，X商标对该消费者而言就形成了。直到X商标对实质数量的消费者都形成了的时候，X商标就最终形成了。^⑯随后而言，X商标将在商标使用的过程中继续发生变化，如果厂商所经营的商品的质量比较稳定，消费者对其商标的认知也会趋于稳定，X商标可能因为信息稳定、信誉好而演变为有一定知名度的商标；相反，如果商品的质量不稳定或者较差，消费者对其的认知也会发生相应的变化，X商标可能慢慢走向消亡。

那么，在商标的这一演变历程中，假如对X商标标志进行跨类使用，会导致商标发生什么变化呢？形成后的X商标标志具有一定的商业价值，因此，X商标标志一般会被继续使用在相同或类似的商品X之上，也可能因经营扩张或商业竞争需要而被使用在不相同或不类似的商品Y、Z……之上。当X商标标志被继续用于相同或类似的商品X上，该商标标志所被赋予的商品信息与之前基本是一致的，也就是说，能指与所指基本上保持着一一对应的关系。而当X商标标志被跨类使用于不类似的商品Y、Z……之上，X商标标志所代表的商品信息显然就发生了很大变化，其被赋予了商品X、Y、Z……等多重信息。此时，商标能指与所指已经不再是“X—X”的一一对应关系，而是演变成了“X—X、Y、Z……”的一对多的关系。

因此，商标的跨类使用导致了能指与所指从一一对应的关系演变至一对多的关系，也就是说，商标逐渐多义化，逐渐演变成一个多义词或者同形异义词。^⑰在符号学看来，符号理据的任何一次获得和变化都会促动或激活符号意义的变化和发展，理据使得符号意义具有某种流动的特征，^⑱而符号对象恰恰可以成为构建新理据的讯息。当商标标志所使用的对象即商品发生了类别

^⑮ J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th ed., Thomson/West, 2014, § 18:2.

^⑯ 王太平：《商标概念的符号学分析——兼论商标权和商标侵权的实质》，载《湘潭大学学报》2007年第3期，第24-25页。

^⑰ 这里需要指出的是，同形异义词与多义词是两个不相同的概念：多义词是词义在演变中经过裂变后的产物，即一个词由本义引申出多种含义，本义与引申义之间是相互关联的；同形异义词是词汇在演变中经过概括后的产物，即两个或两个以上的词，字形相同，意义无关。但两者往往有交叉现象，某些词兼有同形异义词和多义词的内容。（参见孔德明：《同形异义词和多义词的界限问题》，载《齐齐哈尔师范学院学报》1984年第4期，第109-111页。）巴顿·比毕教授在《商标法的符号学分析》一文中分析商标淡化时采用的是“同形异义词”（homonyms）。（参见：Barton Beebe, The Semiotic Analysis of Trademark Law; UCLA Law Review, 2004, (51): 675.）本文认为，因为商标跨类使用所导致的商标意义的变化既可能是有关联的，也可能是没有关联的，因此，商标跨类使用导致商标可能演变为多义词或同形异义词。

^⑱ 黄华新、徐慈华：《论意义的“生命”历程》，载《哲学研究》2004年第1期，第48页。

上或者性质上的重大变化时，商标跨类使用的商品就构成了一种新理据的引入，从而导致商标意义发生变化，商标也就不可避免地多义化了。

（三）禁止商标跨类使用的符号学理由
作为一种符号现象，商标跨类使用导致的商标多义化，何以成为法律介入的对象呢？本文认为，因为商标跨类使用导致的商标多义化可能危及商标的存续，进而损害商标所有人与消费者的利益，从而需要商标法的介入。需要注意的是，尽管商标所有人自己的跨类使用和其他人未经允许的跨类使用均会导致商标的多义化，但商标所有人自己的商标跨类使用是自己担责的自主行为，商标法是无需介入的。

一方面，从商标的符号本质来看，商标跨类使用是对商标能指的非侵入性滋扰，损害了商标的区分显著性。符号价值从根本上来讲来自符号相互之间的差别，没有符号相互间的差别也就没有符号本身。对商标而言，商标的来源显著性就相当于能指与所指的意指关系，区分显著性就相当于符号相互之间的差别，即价值关系。没有区别就没有意义，没有区分显著性就没有来源显著性。传统的商标混淆行为干涉的是商标标志与其意义之间的意指关系，侵犯的是商标的来源显著性，而商标跨类使用行为干涉的则是价值关系，损害的是区分显著性。在实际的商标跨类使用中，原商标所有人与在后使用者的商标标志非常接近甚至相同，但因为其适用对象即商品的区别足够大，消费者就不会发生来源混淆，所以传统的商标侵权难以成立。商标跨类保护的目的在于阻止这种对商标能指的非侵入性滋扰，以保护商标的区分显著性，而不管其所使用的对象是什么。用巴顿·比毕的话来说，“如果商标侵权保护是禁止同义词（两种不同的能指指向相同的所指），商标淡化保护禁止的则是同形异义词（两种十分近似的能指分别指向各自的所指）。”^②

另一方面，从商标使用者的角度来看，商标跨类使用所导致的商标多义化干扰了商标所有人与消费者之间的交流，将增加其沟通成本。虽然所指的不一致未必是符号的缺陷，而是人类认

知与社会发展的必要代价，但是，所指不一致也往往带来理解与交流的歧义或者障碍。理论上而言，有效的传播要求的是一个能指对应一个所指。^③对作为商标所有人与消费者之间进行商业交流的符号而言，商标能指与所指的一一对应关系尤为重要，商业交易的有效性更加要求商标遵循这样的一一对应规则，以最大程度地达到节约交易成本和提高经济效率的目的。商标跨类使用导致商标能指与所指演变成了一对多的关系，这不可避免地增加了商标所有人与消费者进行交流的成本。

三、商标跨类保护的心理学解释

商标问题与消费者的心理状态紧密相关。事实上，只有当消费者将商标视为商品或服务来源的标志时，商标才开始存在；只有通过消费者的感觉，商标的功能才能够发挥；只有当消费者可能发生商品或服务来源的混淆，传统的侵犯商标权才成立。因此，商标问题在本质上主要是心理的，采用心理学术语和研究方法可以提高对商标问题的分析，^④可以更直观地理解商标跨类使用的影响、解释禁止商标跨类使用的理由。

（一）商标的心理本质

商标作为一种信息传递工具，实现厂商与消费者之间的沟通，符号学的理由是其有着能指和所指的统一结构，通过有形的商标标志实现无形的商品信息的传递，但信息传递究竟是如何发生的，传递过程中的感知机制又是怎样的呢？因为有了社会的能动的的人的介入，实际情况当然不像发电报、打电话等机械通信过程那么简单，商标在厂商与消费者之间的信息传递必然更为复杂，^⑤这需要从消费者对商标的认知过程来观察商标的心理本质。

一开始，消费者初次接触作为外界刺激信息的商标，而后，经过商标所有人不断的广告宣传以及消费者自己的购买和使用，消费者就会渐渐地对商标形成个人认知。当一定比例的相关公众对该商标形成了相应的认知网络，这些认知网络可以唯一地识别该类别商品，将该商标与商品

^② Barton Beebe, The Semiotic Analysis of Trademark Law, 51 UCLA L. Rev. 621, 675-676(2004).

^③ 皮埃尔·吉罗著：《符号学概论》，怀宇译，四川人民出版社1988年版，第31页。

^④ Duane C. Bowen, Applied Psychology and Trademarks. 51 TMR. 1(1961).

^⑤ 王太平：《论商标法中消费者的地位》，载《知识产权》2011年第5期，第42页。

联系起来时，商标就形成了。^{②⑥}从心理学角度分析，经历了对相关商品信息的编码、存储，消费者对该商标的认知网络得以形成，商标成为了消费者脑海中长时记忆的一部分，即核心节点。于是，在以后的消费活动中，仅仅给出一个熟悉的商标名称，消费者就可以有效记忆起一系列相关的信息，商标一定程度上成为了消费者的决策依据。

简言之，在心理学看来，商标的本质就是消费者记忆中的核心节点，一种相关的商品信息围绕着它组织起来的“信息组块”，使消费者能够有效地组织、储存和检索记忆中的信息。商标与其所代表的商品信息的认知网络一旦在消费者脑海中形成，当消费者再次看到该商标，认知网络中的记忆就会被触发，这些认知网络能够帮助消费者进行消费评价与购买决策。

（二）商标跨类使用的心理学影响

与符号学上商标的意义具有生命历程类似，消费者对商标的认知也处于动态变化之中。当商标所代表的商品的质量、特征等信息非常稳定或者发生变化时，这些信息将随之整合归入消费者已有的认知网络中，在这一不断的整合归入过程中，消费者对商标所构建的认知网络也就随之不断地强化或者扩展、演变。

消费者对商标认知网络的变化主要与模式识别有关，所谓模式识别，就是接受新的信息刺激时，将感觉信息与长时记忆中的有关信息进行比较，再决定它与哪个长时记忆中的项目有着最佳匹配的过程。^{②⑦}这就意味着，消费者既可能通过模式识别实现新信息与已有认知网络的匹配，从而维持和强化既存的认知网络，也可能因新信息与已有认知网络的差异太大而不能匹配，从而形成新的认知网络。当X商标标志被继续用于相同或类似的商品X上，消费者再次接受X商标标志的信息刺激时，由于新的信息有足够相似的特征与已有的认知网络相匹配，消费者往往倾向于将其纳入已有的认知网络。此时，“商标

标志X—商品X”的一套认知网络基本可以维持和强化。当X商标标志被跨类使用至不类似的商品Y、Z……上，由于所使用的商品差别太大而与之前的记忆明显不同，消费者便不会将新的信息纳入已有的认知网络，而是以该商标为中心建立一套新商品的认知网络。慢慢地，消费者将建立起“商标标志X—商品X”，“商标标志X—商品Y”“商标标志X—商品Z”……的多套认知网络。

以上分析表明，商标跨类使用使消费者对同一商标形成了多套认知网络，而多套认知网络的存在必然影响消费者的认知速度与认知能力。基于消费者记忆的“品牌—商品”的联系强度测量实验表明，商标跨类使用会影响消费者对商标与商品信息的回忆速度和能力。^{②⑧}也就是说，当消费者再次遇到商标X时，就会同时记忆起“商标标志X—商品X”，“商标标志X—商品Y”，“商标标志X—商品Z”……多套认知网络，从而分散并降低对原来的认知网络的记忆，不仅如此，多套认知网络的存在也将影响消费者对商标的评价与反馈。

（三）禁止商标跨类使用的心理学理由

商标跨类使用导致消费者就同一商标形成了多套认知网络，这一般不会导致消费者混淆，从而不构成传统的商标侵权。但是，多套认知网络的存在却使得消费者的精神搜索成本增加，同时弱化了商标所有人其商标所建立起的一一对应联系，这种渐进的过程对商标所有人与消费者的利益都有着不可忽视的影响。

一方面，商标跨类使用所形成的多套认知网络使消费者的精神搜寻成本更高，将损害商标节约搜寻成本的经济功能。作为“信息组块”的商标对消费者的价值在于节约搜寻成本，而该功能发挥的前提是消费者对该商标所构建起来的认知网络是唯一的、独特的，消费者看到该商标时可以立刻且唯一地回忆起商标所有人的商品。商标跨类使用所形成的多套认知网络则恰恰破坏了原有的唯一性与独特性，结果就是，消费者不能

^{②⑥} Jacob Jacoby, The Psychological Foundations of Trademark Law: Secondary Meaning, Acquired Distinctiveness, Genericism, Fame, Confusion and Dilution, The Trademark Reporter, 2001, (91): 1029.

^{②⑦} 王甦、汪圣安著：《认知心理学》，北京大学出版社1992年版，第47页。

^{②⑧} Morrin, Maureen and Jacoby, Jacob, Trademark Dilution: Empirical Measures for an Elusive Concept (May 2000), NYU, Ctr for Law and Business Research Paper No. 00-05. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=231023> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.231023>.

像最初那样立刻而且唯一回忆起商标所有人的商品。也就是说，“后来者的使用已经搅混了水，以至于消费者决定运用哪个认知网络时将需要额外的信息，”²⁹商标所应有的节约消费者搜寻成本的功能便会受到损害。

另一方面，商标跨类使用所形成的多套认知网络将破坏商标所有人为其商标所建立的一一对应联系，损害其利益。不妨假想一根示意轴线，轴线最左边的一端表示“只代表一个对象”，而最右边的另一端则意味着“可代表任何对象”，商标跨类使用正是从“只代表一个对象”的一端逐渐走向“可代表任何对象”的另一端，一一对应的联系逐渐被破坏。不仅如此，商标跨类使用还可能导致商标的丑化，当商标被跨类使用在质量较差或者有伤风化的商品上，消费者对该商标的认知网络就添加了负面的信息，从而可能对该商标予以消极的评价与反馈。显然，无论是商标弱化还是丑化，都将摧毁商标所有人为商标的显著性与声誉的建立所付出的巨大努力，损害商标所有人所应获得的利益。

四、商标跨类保护的商标学解释

随着社会控制的重心由生产转向消费，人的消费也从“物的消费”转向“符号消费”，商标的本质与功能也在发生着根本的变化。“现代商标法是狭隘和困惑的，结果就是不能管理在现代商业环境中所有利害攸关的利益。这个失败来自一个重要的误解：商标法未能领会到，它管理的是品牌，不是商标。”³⁰在当今消费社会与品牌经济的时代背景下，以品牌为研究对象的商标学可以提供一种新的视角来分析商标与商标法，不仅可以更加直接地理解商标的本质与功能，而且能够更加清楚地解释商标跨类保护的新问题。

（一）商标的品牌本质

在现代消费社会与品牌经济的时代背景下，消费者的消费需求逐渐呈现符号化，经营者的生

产供给也转向品牌化。在消费社会中，由于商品物理效用趋同性程度的提高以及追求个性差异化的需求，人们已经不再满足于单纯的“物的消费”，更关注的是商品的符号价值，通过消费表达、彰显与传递特定的文化意义，即更注重“符号消费”。与消费者对“符号消费”的需求相适应，作为商品供给方的生产经营者也更为注重“符号营销”，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。³¹换句话说，生产经营者也从传统的产品经营转向了品牌经营，品牌已经成为经济中重要而普遍的形式和要素，并融入市场经济而成为经济中最具活力的价值增长源泉。³²

相对传统意义上的商标而言，品牌学视野下的商标是完全不同的观念。传统商标观念下的商标只是经营者选择的传递其商品信息的一个标志，商标仅能发挥消极的、被动的消除信息不对称的作用。而在品牌学观念下，作为最显眼的消费符号与最核心的营销符号，商标已经成为人们表达身份、彰显品位并进行社会交流的媒介与桥梁，也成为生产经营者进行品牌经营的核心要素与竞争武器。换言之，品牌学视野下的商标已经从商品的标志异化为商品本身，其所承载的精神、价值、文化内涵等无形信息已经超越其所代表的有形商品信息而显得更为重要，因此可以积极主动地发挥独立的符号价值。

简言之，在品牌学看来，商标的本质在于其符号价值或者品牌价值，这些虚拟的精神、价值、文化内涵使得消费者可以表达身份、彰显品位，使得生产经营者可以传递价值承诺、赢得信赖与忠诚。正如学者所作的形象解说，商标已经演变成一种价值和意义的存储器，“一种旨在使人推想不管是真实的还是想象的产品特征的符号、诗化手段、名字”，“于是，几乎确定的是，商标法发展的下一阶段将是增加对品牌环境的承认和保护。”³³

²⁹ Jacob Jacoby, The Psychological Foundations of Trademark Law: Secondary Meaning, Acquired Distinctiveness, Genericism, Fame, Confusion and Dilution, 91 TMR. 1013, 1047(2001).

³⁰ Deven R. Desai, From Trademarks to Brands, 64 Fla. L. Rev. 981, 1044(2012).

³¹ 戚海峰著：《符号营销》，上海财经大学出版社2006年版，第24—25页。

³² 从品牌在经济中的本质作用的视角上，我们可以将现代市场经济从另一个意义上界定为“品牌经济”，即以市场为导向、以品牌为基础、以企业为主体、以品牌经营为核心的一种经济形态。（参见余明阳、韩红星著：《品牌学概论》，华南理工大学出版社2008年版，第5页。）

³³ Thomas D. Drescher, The Transformation And Evolution Of Trademarks--From Signals To Symbols To Myth, 82 TMR 301, 338 (1992).

（二）商标跨类使用的品牌学影响

随着消费社会中商标的异化，商标中无形的精神、价值、文化内涵已经愈加重要，这就意味着这些符号价值或者品牌价值本身就具有独立的意义，这些无形的要素可以延伸或者迁移到其他商品类别上。市场竞争加剧与品牌经济发展的背景下，很多公司在推出新产品的时候，往往倾向于选择品牌延伸策略，把原有品牌使用在新的产品上。

正如经济学家所言，“不需花一分钱广告费，老品牌就可以利用消费者心中已经形成的美好联想包装和宣传新的商品。”^{③④}一般来说，成功的品牌延伸（商标跨类使用）主要有以下几方面的价值：^{③⑤}首先，原有商标的知名度可以降低新商品或服务导入新市场或新经营领域的成本，同时可以提高消费者对其的认同感。^{③⑥}原有商标本身已经在消费者心目中有一定的知名度，也有相当的市场占有率，借助母品牌，新商品就能为企业带来性价比更高的营销效果，消费者也会更容易接受。其次，原有商标的良好商誉会对新商品或服务有一定的波及效应。驰名商标的美誉波及至新商品或服务，消费者更容易对新商品或服务产生信赖感。再次，原有商标的影响力与美誉可能因为成功的品牌延伸而得到提升，获得正向的反馈效果。当品牌延伸成功后，新商品或服务的良好消费体验反过来将使原有商标的评价提升，使消费者的品牌联想强化。

但是，品牌延伸并不总是如此美好的，不适当的品牌延伸可能带来巨大的潜在风险与不利后果。一方面，品牌延伸可能淡化原有商标的形象。品牌的过度延伸可能会使品牌个性遭到稀释，品牌特性被淡化，由此产生“品牌模糊效应”。^{③⑦}另一方面，不适当的延伸产品可能损害原有品牌的品质形象。当新的商品质量低劣或者有负面影响时，消费者对原品牌的忠诚与信赖将逐渐丧失，从而损害原品牌的形象。

（三）禁止商标跨类使用的品牌学理由

如上所述，品牌延伸是一把双刃剑，既有巨大的优势，也有相当的风险。但无论是品牌延伸的优势还是品牌延伸的风险，它们均意味着商标跨类使用具有着实质的经济利益，而并非像批评“质量反馈说”和“搭便车说”的学者所说的那样是虚无缥缈的。事实上，品牌延伸理论恰恰为前述的“质量反馈说”和“搭便车说”提供了有力的支撑。

知识产权制度的基本功能是“分配符号财产利益”，分配的原因是“技术与经济的发展使得符号表达之上的市场利益变得极其重要”，分配的原则是“只要不是自由竞争所必需，原则上不得分享其他市场主体独立发掘的市场利益，除非该主体在事实上有足够的市场先机”。^{③⑧}本文认为，考虑到品牌延伸实践所揭示出的商标跨类使用的优势和风险，商标跨类使用体现出实质的经济利益，这意味着商标法有必要进行利益分配。这里商标跨类使用利益分配的可能方案有两种：一是分配给原商标所有人；二是分配给市场上的新进入者。就这两种方案而言，分配给前者将导致自由进入受到一定的限制从而不利于自由竞争，而分配给后者则将因对商标所有人的投资激励的不充分而不利于强势商标的创立。本文认为，商标和作品、发明等创造性智力成果不同，其演进不具有历史继承性，他人进入市场并不必然需要利用已有的商标，而是可以自由选择与他人已有商标不相冲突的商标。因此，相对于智力成果权而言，商标权对他人行为的约束是较小的，商标法将商标跨类使用的符号利益分配给原商标所有人更为可取。

一方面，从商标所有人的利益角度而言，商标跨类保护是商标所有人品牌延伸的利益需求，即未来可能延伸使用的商品类别的利益。商标所有人为其品牌的塑造付出了时间与巨大的成本，品牌延伸的价值正是其经营努力的回报。当然，

^{③④} Sara Stadler Nelson, The Wages of Ubiquity in Trademark Law, 88 Iowa L. Rev. 731,779(2003).

^{③⑤} 因为消费社会下的商标几乎就是品牌，品牌延伸策略往往也是将商标进行跨类使用，但出于品牌理论的用词习惯，本部分采用“原品牌”、“新品牌”等用语，其与“商标”等用语无异。

^{③⑥} 符国群：《品牌延伸策略研究》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》1995年第1期，第50页。

^{③⑦} 叶强：《企业品牌延伸的商标淡化风险及对策》，载《商业时代》2008年第2期，第29页。

^{③⑧} 李琛著：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社2005年版，第141页。

品牌延伸也存在一定的风险,但这种风险是商标所有人自愿承受的,而不是法律强加的。不仅如此,商标所有人也可以采用合适的商业策略而尽力避免这种风险。而如果任由商标所有人之外的人跨类使用商标,无疑属于法律强加给商标所有人一种风险,且强加的是一种商标所有人所不能控制的风险。换言之,品牌延伸意味着商标所有人进行品牌延伸的实质性的商业利益,商标法应该给予商标所有人相应的跨类保护。

另一方面,从消费者的利益角度而言,商标跨类保护是消费者通过商标表达自我、彰显身份的符号表彰利益的需求。在寻求个性化差异化的消费社会,商标因承载了更多的无形的精神、价值、文化内涵等意义要素而成为消费者的表彰符号,消费者希望通过商标来表达自己。然而,未经商标所有人允许的在后使用者的商品或服务的质量往往是没有保障的,即使商标所有人自己进行品牌延伸也存在一定的风险,更何况是他人意在搭便车的商标跨类使用?当跨类使用的商品或服务的类别、质量等已经失去控制,“即使被告的商品在今天并不是质量低劣的,谁又能保证他们未来会怎么样呢?”³⁹于是,商标的意义、形象也就很容易被销蚀殆尽,商标的符号表彰功能将受到损害,消费者意在通过商标表达自我、彰显身份的符号表彰利益也将受到损害。

结 语

商标跨类保护问题是商标甚至整个知识产权领域最具争议性的理论问题。⁴⁰商标跨类保护因突破了传统的混淆理论而充满不确定性,是比源于混淆可能性测试更加微妙和含糊的商标损害

概念,⁴¹甚至可能使商标权异变为一种总体财产权,扰乱自由竞争与公平竞争之间的精巧平衡。归根结底,法律制度的理解与运行需要理论依据的支撑,商标跨类保护的理论争论和司法质疑与抵制正是源于其理论依据的不扎实。如果试图使商标跨类保护的法律制度变得可以理解,寻求其理论解释或者理论依据就是不可或缺的认识路径。

“工欲善其事,必先利其器。”商标原理的混合原理性质使得符号学、心理学、品牌学等跨学科研究方法有助于寻找商标跨类保护的理论解释。符号学方法以其微观的静态分析剖析了商标法的基本范畴和制度的内部结构,商标跨类使用将导致商标多义化。心理学方法以其微观的动态分析洞悉了商标法的基本范畴和制度的运行过程和机理,商标跨类使用会使消费者对同一商标形成多套认知网络。品牌学方法则从商业实践角度揭示了商标独立的符号价值或者品牌价值,证明了商标跨类使用的实质经济价值和风险。可以发现,每一种跨学科研究方法都有其独有的优点,同时也呈现出一种功能互补的关系,只有综合运用这些跨学科分析方法才可能深入而全面地理解商标跨类保护问题。综合而言,符号学与心理学分析突显了商标跨类使用的损害,品牌学则证明了商标跨类保护是商业实践发展和商标演变的必然结果。无论是现实的损害还是未来的商业利益,这些跨学科方法共同证明了商标跨类使用的损害,为商标跨类保护提供了扎实的理论解释。本文作上述分析,以给充满不确定性的商标跨类保护制度增加一些可理解性。■

³⁹ J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, Thomson/West, 2014: § 24:15.

⁴⁰ 王太平:《驰名商标认定的公众范围标准:以保护动因为依归》,载《法学》2014年第10期,第64页。

⁴¹ J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 4th ed., Thomson/West, 2014, § 24:70.