

# 商标法基本范畴的心理学分析

彭学龙\*

---

**内容提要：**商标是建立在消费者心理认知基础上的财产。商标显著性、混淆和淡化等基本范畴都是对消费者特定认知状态的抽象概括，它们均表现为某种心理联想。显著性是指商标能使消费者产生有关商品出处的联想，混淆意味着侵权商标让消费者产生有关商品出处的错误联想，弱化和丑化则分别对应着削弱驰名商标显著性和损害其声誉的联想。

**关键词：**商标法 显著性 混淆 淡化 心理学分析

---

“商标保护意味着法律对于符号心理功能的认可”，〔1〕这一不刊之论不仅揭示了商标的符号属性，〔2〕而且凸显出商标作为心理财产的本质特征。实际上，西方学者早就认识到，“商标问题主要是心理的，引入心理学术语和研究方法对于商标法学大有裨益”，〔3〕国外法院也日益重视心理学专家证言在商标案件中的作用。〔4〕在我国，这一领域虽不至无人问津，专门研究却暂付阙如。有鉴于此，本文拟对商标显著性、混淆和淡化等基本范畴进行心理学分析，以抛砖引玉。

## 一、商标显著性与保护强度的心理学分析

“显著性”这一概念是商标法正常运行的“枢纽”，其重要性好比新颖性之于专利、独创性之于作品。各国商标法都将显著性作为商标最为重要的构成要件，而根据《与贸易有关的知识产权协定》（以下称 TRIPS），是否具备区分商品或服务的能力亦即显著性，是判断某一标志可否注册为商标的唯一决定性因素。〔5〕不仅如此，商标的强度乃至保护范围在很大程度上也取决于其显著性。因此，我国有学者认为，“显著性是商标保护的灵魂”。〔6〕

### （一）商标显著性的心理学解释

所谓显著性，是指商标所具有的标示商品出处并使之区别于其他企业的商品的属性。按照宜于

---

\* 中南财经政法大学知识产权研究中心副教授。

本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“知识产权基础理论研究”（04JJD820005）的中期成果。

〔1〕 *Mishawaka Rubber & Woolen Mfg. Co. v. S. S. Kresge Co.*, 316 U. S. 203, 205 (1942).

〔2〕 参见彭学龙：《商标法基本范畴的符号学分析》，《法学研究》2007年第1期。

〔3〕 Duane C. Bowen, *Trademarks and Psychology*, *Journal of the Patent Office Society* 633 (1959). “大多数商标问题都有一个共同特征，即公众对系争商标有何反应？毫无疑问，这是一个心理学问题，也就是对外界刺激的心理反应。”

〔4〕 See Federal Judicial Center, *Reference Manual on Scientific Evidence*, 1994, p. 1.

〔5〕 Jeremy Phillips, *Trade Mark Law: A Practical Anatomy*, Oxford University Press, 2003, p. 86. 参见 TRIPS 第 15 条；我国商标法第 8 条、第 9 条；《欧共体商标条例》第 4 条。

〔6〕 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 11 页。

获得商标法保护的适格程度，传统理论将各种标志细分为五种类型：通用名称、描述性词汇、暗示性词汇、随意词汇和臆造词汇。其中，暗示、随意和臆造词汇均具备“固有显著性”，不能被合理地理解为对所附着商品的描述或装饰，消费者会自动将它们看作商品出处的表征，因而可以直接注册为商标。描述性词汇直接描述商品的性质、产地、成分或名称，与所标示商品之间存在过强的关联，只有经过长期使用，产生了标示商品出处的“第二含义”即“获得显著性”，才能获得商标法的保护。<sup>〔7〕</sup>通用名称则属于“商品的通用部分，不会因使用而产生显著性”。<sup>〔8〕</sup>

固有显著性与获得显著性之分乃是传统理论的核心内容，该区分隐含着对固有显著性的偏爱，获得显著性仅仅被视为“显著性的拟制”。<sup>〔9〕</sup>但事实上，“从现代语言学的视角来看，任何含义对于词语而言都不可能是‘固有的’，词语的意义只能是社会交往的产物”。<sup>〔10〕</sup>作为一种市场语言，商标自然也不例外。没有天生的商标，即便是具备固有显著性的标志，在注册或使用之初也不可能立即、自动被消费者认同为商标，只有通过行销于市或广告宣传，商标才能真正获得显著性。易言之，商标不可能天生就具备显著性，显著性只能后天获得。实际上，传统理论所谓固有显著性，其实质不过是指商标与所标示商品之间没有关联或者关联较弱，这至多只能是商标获得显著性的有利条件。这就意味着，获得显著性才是真正的显著性，而不是什么拟制，对商标强度起决定作用的正是获得显著性。同样，尽管在一般情况下通用名称不适用获得显著性规则，但只要考察的时期足够长，通用名称也完全可能丧失其本来含义，获得标示商品出处的显著性，这正如本来具备很高知名度的商标也可能由于管理不善而沦为通用名称一样。上述结论是根据符号学原理对传统理论的修正，也是符合消费者心理认知实际的。

根据认知心理学原理，信息在人类大脑中以相互交织的认知网络形式存在。这种网络由结点和认知链组成，结点代表着意义，认知链则是各种意义和信息相互联系的路径。在思维过程中，结点通过一种被称为“扩散激活”的心理过程相互激活。当特定结点被激活，它所接收到的激活能量会传递给附近的结点。如果激活能量足够大，其他结点也会被记起或检索到。某个结点被激活会让人想起由相关思想、感情、评价、形象和心境组成的相关结点。成年人的头脑中包含着数以百万、千万计的结点和认知链，绝大多数结点都只有很少的认知链，惟独极少数中心结点或毂拥有大量认知链。就与其他结点的联系而言，毂或中心结点比其他结点更为重要。<sup>〔11〕</sup>在商业社会，商标就属于人们认知网络中的毂或中心结点，有关商品的信息大多以商标为中心组织起来。只要给定某个熟悉的商标，人们就会迅速记起这些信息。对于驰名商标而言，消费者心中有无数条认知链与之相连，这样，只要商标这一中心结点被激活，就会通过无数的认知链向环绕着商标的其他结点传递能量，将这些结点激活，引发消费者丰富的联想，继而产生购买冲动。当然，在商标法领域，显著性以及下文论及的混淆、淡化概念并非针对单个消费者的心理活动，而是以消费群体为适用对象。

由于长期接触同样的商品和广告并具有相同的经历，相当数量的消费者就同一商标在心目中形成了具有相同结点并以类似方式组织起来的认知网络。这些认知网络一般都包含一个或多个显著结点，亦即足以使人从记忆中唤起相关认知网络实质部分的结点。在这种情况下，我们就可以说，这些结点具备了商标法意义上的显著性。当然，也不乏这样的情形，本不具备显著性的结点，组合在

〔7〕 Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, 51 UCLA L. Rev. 621.

〔8〕 参见商标法第11条、国家工商行政管理总局商标法修改起草小组2007年8月《中华人民共和国商标法修改草稿》（征求意见稿）第27条及其修改说明。

〔9〕 吴汉东主编：《知识产权法》，中国政法大学出版社2004年版，第231页。

〔10〕 Megan Richardson, *Trade Marks and Language*, 26 Sydney Law Review 200 (2004).

〔11〕 本文有关认知心理学原理的论述主要参考 Jacob Jacoby, *The Psychological Foundations of Trademark Law: Secondary Meaning, Genericism, Fame, Confusion and Dilution*, 91 Trademark Rep. 1031 (2001)，除非特别必要，不再一一注明。

一起却能够发挥标示与区分的功能。例如, IBM公司最初的商标为“International Business Machines”, 这三个单词本身都不具有显著性, 一经组合却成为合格的商标; 同样, “上”、“好”和“佳”都是含有赞美意味的汉字, 达不到商标注册所需的最低的显著性要求, 其组合“上好佳”却通过了商标局的审查, 并逐渐成长为拥有相当知名度的著名商标。

在市场经济时代, 由于一直接触各种商业信息, 受到媒体广告的轰炸, 消费者在心目中逐渐形成了代表公司、商品、商标和商店的认知网络。这些认知网络对于消费者理解和误解各种商业信息都发挥着重要作用。尽管根据各国商标法的规定, 具备固有显著性的商标不需证明第二含义就可以受到法律保护, 但实际上, 即便是具备最高固有显著性的臆造商标和随意商标也完全可能并未就相关商品向购买者和潜在购买者传达任何意义。例如, “柯达”、“海尔”都属于臆造商标, 但在使用之前不会自动被消费者当作标示商品来源的标志, 只有经过实际使用和广告宣传才能最终被市场认可。可见, 不管是否具备固有显著性, 商标都只有经过长期使用才能在消费者心目中形成固定的认知网络, 进而获得显著性。也就是说, 只有当相当部分的消费大众形成了针对某种商品的认知网络, 而且认知网络中包含了能够标志商品出处的一个或多个结点, 从心理学角度来看, 才可以说该结点或结点组合获得了显著性或者第二含义。对于消费者来说, 商标是否具备固有显著性并不重要, 重要的只是, 商标能否让消费者联想到某种商品的特定出处。这就从消费者心理认知层面进一步验证了根据符号学原理对传统理论的修正, 即商标不可能天生具备显著性, 显著性只能后天获得。即便是作为外行的消费者也知道, 不具备固有显著性的通用名称代表某类商品, 而描述性词语则属于同类商品的共同特征。不妨假想一条连续的轴线, 最左边的点所代表的术语表明唯一一家企业之某种商品的特征, 最右边的点所代表的术语则表明任何一家企业所生产的同类商品的特征。左、右两端分别对应“具备第二含义”和“不具备第二含义”两种极端情形。事实上, 在一般消费者的心目中只存在这两种情形, 而不会有中间状态。除了商标代理人和执业律师, 普通消费者根本不关心某个标志究竟是臆造商标、随意商标、暗示商标、描述性词语或通用名称。认知网络只会告诉消费者, 来自外界环境之特定特征的组合是否标示着特定的商品出处, 是否具备显著性。

## (二) 显著性与商标保护强度

按照通说, 商标权乃是由专用权、转让权、许可使用权和禁止权等组成的权利束。其中, 专用权、转让权和许可使用权属于积极权利; 禁止权则属于消极权利, 是一种排他权, 只要他人注册或使用之商标易与其商标相混淆或极可能淡化其商标, 商标所有人都有权禁止。这样, 所谓商标的保护强度, 实际上就是商标权人享有的禁止权的范围。<sup>[12]</sup>尽管如此, 并非所有商标的所有人都拥有同样范围的禁止权。商标的保护强度在很大程度上取决于商标的显著性和名声(即市场影响), 例如, 只有驰名商标所有人才有权主张反淡化保护。从认知心理学的角度而言, 商标名声不过是很高的获得显著性或第二含义,<sup>[13]</sup>因此, 商标名声对商标保护范围的影响最终可以归结到商标显著性。

一般说来, 显著性越高, 商标的保护强度就越大, 二者正相关。<sup>[14]</sup>但问题似乎并非如此简单。在各国商标保护的实践中, 也出现了以下论点, 以为显著性越高, 商标标示和区分商品出处的能力就越强, 消费者也越不容易混淆。美国联邦商标上诉委员会曾经指出, “消费者可能更容易意识到

[12] 根据商标法第51条、第52条, 注册商标的专用权以核准注册的商标和核定使用的商品为限; 禁止权则覆盖他人在同种或类似商品上使用与注册商标相同或近似商标的行为。当然, 驰名商标的保护范围不受商品种类的限制。

[13] 前引[11], Jacoby文, 第1032页。具体说来, 名声是指以下事实所造成的影响: (1) 消费者知道某商标已经在交易中使用; (2) 竞争者知道该商标在商业活动中使用; (3) 消费者赋予该商标以特别的价值, 以便或避免重复购买该品牌的产品。名声可以获得也可以失去, 甚至可以从一种商品延伸到另一种商品。见前引[5], Phillips书, 第370页。

[14] 按照美国法院的说法, 商标强度就是其实际获得的显著性。“强度一词是指商标的显著性, 或者更确切地说, 是指商标指示商品来源的倾向性……商标的强度或者显著性决定着它能否成为一件合法的商标, 以及它受到的保护程度。”见李明德:《美国知识产权法》, 法律出版社2003年版, 第300页。

其他商标与驰名商标的不同之处，因此异议人商标所具有的声誉使它能够在更大程度上容忍近似商标”；“商标的强度使得消费者对该商标与其他近似商标之间的任何差别都十分敏感，因此，对强商标的保护应弱于弱商标”。<sup>〔15〕</sup>也就是说，与一般商标相比，驰名商标的保护范围应该更为狭窄。无独有偶，美国法院也曾有过类似推理，如“就混淆可能性而言，商标的声誉有利有弊，商标越有名，公众越容易觉察到哪怕是细微的差异”；<sup>〔16〕</sup>“正是原告商标的强度使它不可能与被告商标相混淆”。<sup>〔17〕</sup>意大利米兰初审法院也持类似意见，“正是原告商标的名气消除了混淆的可能性，消费者或许会将被告商品当作原告商品的廉价仿制品，但根本不会受骗”，但这种主张最终被上诉法院推翻。<sup>〔18〕</sup>

尽管上述观点只是一种少数意见，但它对商标产业乃至整座商标大厦都构成了严重威胁。“如果强度高则保护弱，弱保护就会由于容许近似商标的存在而降低商标强度。商标强度降低反过来又会要求法律给予强保护。”<sup>〔19〕</sup>由此必然形成一种与常识相抵触的所谓“循环悖论”。实际上，商标显著性与保护范围之间应该是一种相互强化的关系。显著性越强，保护范围越大，同样，保护范围越大，显著性也会越强，这就是有关商标保护范围的回归原则，是商标保护的必然逻辑。<sup>〔20〕</sup>这就表明，所谓循环悖论并不存在。

根据心理学原理，“当神经系统中的某个结点被激活，关于那些更可能并更快涌上心头的东西的联想更为强烈，较弱并处于末梢的联想则难以被记起”。<sup>〔21〕</sup>同样，显著性强的商标在人们认知网络中具有更强的联想链因而更容易因近似商标而被唤起。<sup>〔22〕</sup>实际上，“所谓商标的‘强’和‘弱’是指该商标在广大消费者心目中的印象。与鲜为人知或类似于其他商标或很像商品名称的弱商标相比，具有声誉或独特性的强商标更容易记忆，也更容易在消费者心目中与更多商品联系在一起”。<sup>〔23〕</sup>“商标显著性越强，未来购买者将在其他商品上发现的相同或类似标志与在先使用者联系在一起的可能性越大。”<sup>〔24〕</sup>

由此不难理解，如果新出现的商标与某个现成且很容易被消费者想起的商标相近似，消费者就很可能将新商标与已知商标相混淆，误将两个商标当作同一个商标。由于消费者在寻找他们自认为熟悉的商标时注意力往往不够集中，上述问题就更为严重。“一旦消费者对特定品牌形成稳定的偏好，在搜寻过程中他们往往利用商标走捷径，由于购买时间减少且注意力下降，他们更容易被仿制的商标误导。”<sup>〔25〕</sup>当然，也可能出现另外一种情形，虽然消费者成功地将新旧商标区分开来，但他们可能错误地推断，由于两个商标十分近似，它们源于并代表着同一出处。例如，消费者可能会正确地意识到，具有很高显著性的商标如“American Airlines”（美国航空）与近似标志如“American Airways”并不相同，但考虑到前者的强度，他们依然可能错误地推断，后者不过是前者的派生品牌。可见，“商标越强，侵占行为就越容易导致混淆”。<sup>〔26〕</sup>

〔15〕 Kenner Parker Toys Inc. v. Rose Art Indus., Inc., 963 F. 2d 350, 353 (Fed. Cir. 1992).

〔16〕 B. V. D. Licensing Corp. v. Body Action Design, Inc., 846 F. 2d 727, 729 (Fed. Cir. 1988).

〔17〕 Jim Beam Brands Co. v. Beamish & Crawford, Ltd., 852 F. Supp. 196, 199 (S. D. N. Y. 1994).

〔18〕 Barton Beebe, *Search and Persuasion in Trademark Law*, 103 Michigan L. Rev. 2020 (2005).

〔19〕 同上文，注 57。

〔20〕 同上文。

〔21〕 Kevin Lane Keller, *Strategic Brand Management: Building, Measuring, and Managing Brand Equity*, Prentice Hall, 1998, p. 24.

〔22〕 前引〔11〕，Jacoby 文，第 1035 页。

〔23〕 James Burrough, Ltd. v. Sign of Beefeater, Inc., 540 F. 2d 266, 276 (7th Cir. 1976).

〔24〕 Restatement (Third) of Unfair Competition, § 21, cmt. i (1995).

〔25〕 V. -W. Mitchell et al., *Reviewing and Redefining the Concept of Consumer Confusion*, Manchester; Manuscript Manchester School of Management, 2004, p. 4.

〔26〕 Champions Golf Club, Inc. v. Champions Golf Club, Inc., 78 F. 3d 1111, 1117 (6th Cir. 1996).

相反,默默无闻的商标未能在人们心目中留下任何印象,也就无显著性可言,消费者即便看到与其十分近似的商标或图案,也不会产生联想,混淆无从发生。实际上,这种商标根本无需法律保护,因为这样的商标并未负载企业的商誉,竞争者也无侵权的激励。随着商标名气增大,在人们心目中的印象加深,消费者在看到近似标志时联想到该商标的几率增大,也就增大了混淆可能性。同时,随着商标名气增大,被告善意抗辩的余地减少,而一旦被认定为恶意,法院判定侵权的可能性就很大。另外,如果一件商标设计讲究,构图十分独特,不包括描述性成分,或者描述性成分很少,他人商标“碰巧”与之近似的可能性极低。这样,一旦他人使用近似商标,就几乎可以推定为恶意,商标所有人在诉讼中就处于十分有利的地位,胜诉的可能性增大,自然也就意味着保护强度提高。这就说明,尽管对商标起决定作用的是获得显著性,在商标设计和选择过程中还是应当尽量避开现成的词语,尤其是他人已经注册的商标。只有这样,所注册的商标才更容易获得影响市场的显著性,并获得较强的法律保护。

## 二、商标混淆的心理学分析

商标最原初同时也是最基本的功能,就在于标示商品出处。与此相应,商标法旨在确保企业商标的可区分性,防止消费者混淆。我国商标法的主要条款尽管在形式上避开了“混淆”概念,但在实质上也基本贯彻了制止混淆的思想,具体表现在:对于可能导致混淆的商标注册申请,商标局不予核准,即便侥幸获准注册,在先商标注册人也有权请求撤销;注册商标的转让和许可使用,以不致引起混淆为前提;侵犯注册商标专用权以混淆可能性为要件。要对混淆概念进行心理学分析,还得从更一般的知识谈起。

### (一) 理解或误解的心理学解释

在现代社会,人们受到来自外界的各种感官输入的“轰炸”,心理学家称这种输入为刺激。对消费者来说,这类刺激包括商标、商品包装和广告。一般来说,人们并非对所有信息都给予同等关注,感觉、处理和认知过程具有高度的选择性。那么,人们究竟是如何解释通过感觉系统获得的刺激的呢?答案在很大程度上取决于记忆中先前形成并储存的信息,尤其是认知网络,原因就在于,输入的新信息只能根据先前的知识进行解释。从记忆中检索所储存信息去解释新刺激的过程并非刻意进行,而是在无意中完成的。

假设人们面临由两根平行且长度相等的垂直线组成的物理刺激,当面对“它代表哪个数字”这一问题时,大多数人的答案是“11”,而雕版印刷者却可能理解为罗马数字“II”,计算机专业人士则可能解读为二进制的“4”。可见,对外界环境的解释总是建立在个人先前知识的基础上的。对刺激的解释和相关反应起决定作用的是心理感觉到的现实而非客观现实。在人们认同和解释外界刺激的过程中,先前储存的信息越容易获得亦即其联想链越强,就越容易被记起并运用于解释过程。驰名商标与储存在记忆中的各种信息的联想链特别强烈,对消费者影响很大,很容易成为消费者解释外界刺激的“先前知识”。

在实际生活中,消费者面临的信息十分复杂。在这种情况下,消费者不可能先一一考察外部刺激的所有特征,然后再将它与储存在记忆中的信息进行比较以便判断所面对的是否属于所知品牌的商品。相反,消费者一般只会考虑商品包装、性质或特征中的一小部分。在这种特征信息输入认知空间的同时,人们会从记忆中检索具有显著性的结点或结点组合以便认定和解释刚刚从外部世界获取的信息并对信息进行分类。这就意味着,在购物过程中,消费者一般只会注意大量刺激中的部分

细节。举一个真实案例。<sup>[27]</sup>“绿湾包装工人队”(Green Bay Packers)是著名的美式足球队,而在美国威斯康星州有一个城镇的名称也叫“绿湾”(Green Bay)。印有该球队队标“Green Bay Packers”的足球衫深受美国球迷乃至一般公众的青睐。但人们在选购足球衫时,只会留意其特定的黄绿色调、胸前大写的“GREEN BAY”和衣袖上的足球图案,至于服装型号、用料、保养说明、价格和厂家名称,消费者往往熟视无睹。换言之,上述三个特征(足球衫、黄绿色调和“GREEN BAY”)结合在一起就足以在消费者的认知空间唤起“绿湾包装工人队”这一认知网络。分别来看,以上三个特征都不具备显著性,而结合在一起则获得了组合显著性,有些消费者无须考察诸如价格、型号就会径直作出购买决策,其他消费者则可能进一步考虑服装的手感、制造商,但由于人们心目中业已形成的绿湾包装工人队认知网络已被激活,其他信息也会在这一认知网络的大背景下进行解释。研究表明,影响人们心中在先知识被激活之可能性的基本参数有两个,即在先知识的可及性和当前刺激与在先知识的匹配程度。在先知识与当前知识在特征方面的重合度越大,在先知识越可能被激活。

在市场活动中,消费者对所感受信息的理解和误解从根本上说要受先前知识和经验的影响,甚至可以说,这种理解和误解完全取决于先前知识和经验,所谓理解,其实质就是按照现有知识解释新得到的信息。人们记忆中的认知网络不仅用于存储信息,而且在解释外来信息的过程中也发挥着重要作用,理解与记忆是紧密交织在一起的。心理上感觉到的现实,而非客观现实,决定着人们对外界刺激的理解和反应,这就是模式识别。人们往往把当前出现的环境刺激看成是已存储在记忆里的东西,在模式识别时,一定要通过和原有知识相比较才能得出结论。<sup>[28]</sup>

一般说来,模式识别过程是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。<sup>[29]</sup>这样,当外来信息中有足够特征与现有认知网络中的特征模式相匹配时,我们都倾向于对外来信息进行细节补充并将它看作该认知网络中的一个实例。模式识别通常能使人们做出正确的识别和解释,但也可能导致人们对所见所闻做出错误的解释和识别。正如美国判例所述:“大多数人都有这样的经历,商品标签上的某个词触动了记忆中的某种东西以至我们对标签上的其余内容视而不见并进而选购了本非所愿的商品。尽管此时我们的注意力高度集中,但依然作出了错误的购买决策。”<sup>[30]</sup>外来信息与认知网络中信息的模式越相近,人们就越容易混淆,认为后者是前者的原型。

## (二) 预期与背景的作用

导致人们对外来信息产生误解或错误识别的因素很多,其中,预期和背景尤为重要。例如,对于“ca”这一字母组合,由于它并非完整的英语单词,在不同的背景中人们会有不同的理解。在邮局人们会将其理解为“California”(加利福尼亚)的缩写;在汽车展示间,人们会视“ca”为“car”(小汽车)的缩写;而在宠物商店,“ca”又会被理解为“cat”(猫)。当预期和背景同时出现时,影响力就特别大。例如,向被试者同时展示三张图:完整的三角形、有6度缺口的圆和完整的正方形,事后大多数人都会回答所看到的是三个完整的图形而根本未注意到圆的缺角。在三角形和正方形都是完整的情况下,我们自然会预期见到的圆也是完整的,而这正是我们在回忆时称自己见

[27] NFL Properties v. ProStyle, 57 F. Supp. 2d 665, 49 U. S. P. Q. 2d 1374 (E. D. Wis. 1999). 详细分析参见前引[11], Jacoby文,第1035页。

[28] 乐国安:《当代美国认识心理学》,中国社会科学出版社2001年版,第43页。所谓模式是指由若干元素或成分按一定关系形成的刺激结构,也可以说,模式是刺激的组合。例如,由线段组成的图形或字母,由笔画构成的汉字,都是视觉模式;由音素组成的音节、由音节组成的单词、旋律,都属于听觉模式。在现实生活中,经常作用于人们感觉的,不是个别的光点、纯音,而是物体、图象、字符和语音等模式。当人能够清楚地分辨所知觉的某个模式,并将它与其他模式区分开来时,就构成模式识别。见王甦、汪安圣:《认知心理学》,北京大学出版社1992年版,第47页。

[29] 同上书,第47页。

[30] Indianapolis Colts, Inc. v. Metropolitan Baltimore Football Club, 31 U. S. P. Q. 2d 1801, 1808 (S. D. Ind. 1994).

到的东西。

在我国,学者称上述心理现象为“形不足而意有余”。如果我们非常熟悉某个事物,即便只看到该事物的局部,大脑也会自动加以复原,最终呈现出完整的形象。对商标的认知也是如此,商标显著性和知名度越高,大脑的修复能力就越强,发生联系并进而造成混淆的可能性也就越大。<sup>[31]</sup>例如,只要看到或听到“海尔”,人们脑海中就会浮现出两个小兄弟的形象,进而形成该商标的完整图案。在解释人们是如何超出给定信息的范围,利用一般知识进行推理以填满特定细节时,心理学家写道:“模式可以被视为由联想网络组成的小组块,其结点之间的联系是如此紧密以至其中任何一个被激活都会导致所有结点被激活。”<sup>[32]</sup>当外界刺激所提供的信息与观察者业已拥有的模式存在足够多的匹配之处时,记忆中的模式就会被唤起并用于填补未观察到的细节进而指导后续的推论。

预期和背景不仅可以促使记忆填补遗失的信息,还可能导致人们无视并不相符的信息甚至对外来刺激进行改写。研究者曾经用扑克做实验,在几张正常的扑克中有一张特别的:要么是黑色的红桃4,要么是红色的黑桃4。在随后的调查中,超过96%的被试者都回答见到了红色的红桃4或黑色的黑桃4,即正常的扑克,他们并未注意到扑克上的不协调之处。换句话说,在其他扑克都是正常的这一背景下,被试者改写了外界刺激带来的信息,因而“看到”了所预期的东西。这样,在超市的货架和自由市场上,即便侵权商标与权利人的商标图案存在相当大的差异,但整个市场的氛围以及商品的包装很可能导致消费者对这些差异视而不见,甚至在无意间“改写”侵权商标,将它当作权利人的商标,最终出现混淆误认。

### (三) 认知网络与商标混淆

回到前述足球衫的例子。在美国,字母“A”表示带有“GREEN BAY”字样的足球衫得到了绿湾足球协会的正式授权。假定有一批足球衫与该协会并无关系,其上印有字母“U”(表示未获得授权),那么,足球衫“U”会在消费者心理引起什么联想呢?不妨考察两类消费者:一类知道绿湾足球协会及其标志;第二类则根本不知道。面对“U”,第二类消费者既不会混淆也不会淡化。第一类消费者则可能出现三种结果:(1)既不出现混淆也不会造成淡化,(2)混淆,(3)淡化。就第一种情形而言,消费者能够区别威斯康星州的绿湾镇与绿湾足球队,见到服装U时会将它与该城镇而不是足球队联系起来。在第二种情形,服装上的三个显著特征唤起了消费者心目中绿湾足球队的认知网络,并导致消费者将“U”当作他所熟悉的足球衫,即误认为该商品源于绿湾足球队或得到其授权。

在美国,很多足球衫都有这样的特征,即在胸前“GREEN BAY”这一名称的正下方印有“Pack”一词或大字体的字母“P”。在同时具备其他特点的背景下,以上特征会强化消费者的混淆。许多消费者都会将字母“P”或单词“Pack”理解为“Packers”的缩写。一方面,有些消费者可能并未意识到绿湾足球队队标中包含大写字母“G”而不是“P”,另一方面,即便是意识到这一点的消费者也很可能对上述变化进行改写,在购物过程中尤其如此。消费者的这种倾向就是所谓“偏执”,换句话说,“人们更可能记起强化其总体印象而不是与之相矛盾的信息”。<sup>[33]</sup>这种混淆的原因还在于,“一旦对特定品牌形成稳定的偏好,消费者在搜寻过程中往往利用商标走捷径,由于购买时间减少且注意力下降,他们更容易被仿制的商标误导”。<sup>[34]</sup>或者即便消费者高度投入,他一

[31] 黄晖:《商标法》,法律出版社2004年版,第129页。

[32] E. T. Higgins & A. W. Kruglanski, *Social Psychology: Handbook of Basic Principles*, New York: Guilford Press, 1998, pp. 133, 135.

[33] W. D. Hoyer and D. J. MacInnis, *Consumer Behavior*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1997, p. 200.

[34] 前引[25], Mitchell书,第4页。

般也会利用商标各个组成部分的共享信息去判断商品出处。<sup>[35]</sup>特别是在足球衫呈特别的黄绿色时，高度投入的消费者很可能从“Green Bay”、“Pack”和字母“P”以及记忆中储存的“Green Bay Packers”中抽取共有的信息，在这种情况下，消费者极容易混淆。

#### （四）各种混淆的心理学解释

在商标法制的演进过程中，混淆的类型和范围经历了一个逐渐扩张的过程。从直接混淆到间接混淆，从一般混淆到潜意识混淆，从正向混淆到反向混淆，侵权方式日益多样，混淆外延不断拓展，混淆形式更加多元。不同的混淆类型，消费者的心理认知状态也不同。

##### 1. 正向混淆与反向混淆

在传统商标案件中，侵权者往注意在利用权利人商标的良好声誉推销自己的商品，客观上可能导致消费者误将被告商标当作原告商标，或者误以为附有被告商标的商品源于原告或与原告有关，这就是所谓正向混淆。反向混淆则正好相反，是指由于在后商标的存在，消费者可能误认为在先商标所有人的商品来源于在后使用者或与之相关。要导致正向混淆，消费者必须在见到侵权者商品之前就已形成对权利人商标的认知网络。在这种情况下，消费者心目中对权利人商标的认知网络将被用于解释外来信息，因而混淆侵权者和权利人的商品。而就反向混淆而言，消费者心目中并未形成对权利人商标的认知网络，但已拥有对侵权者商品的认知网络。这样，当接收到来自权利人商标的信息刺激时，对侵权者商品的认知网络就会用于解释这些信息，从而混淆权利人与侵权者的商品。

在“BIG FOOT”商标案中，<sup>[36]</sup>轮胎购买者对于被告固特异公司的商品和商标已经形成深刻印象，而原告“Big O”轮胎公司则寂寂无名，鲜为人知。这样，大多数消费者心目中都只有固特异公司及其商标的认知网络，少数消费者可能同时拥有对于原被告的认知网络，但对原告的网络要弱于对被告的认知网络。因此，消费者只可能误将原告商标和商品当作被告的，而不是相反。为便于理解，不妨将认知网络的强弱类比为色彩的强弱。当两种色彩同时出现时，被淹没或者被覆盖的总是其中较弱的一种，而白色则可以被任何颜色覆盖。商标混淆也是如此，如果商标与商品均类似，有发生混淆的可能性，此时，消费者一般只会误以为弱商标及其附着之商品源于强商标的所有者。而如果消费者对系争商标中的弱商标根本没有印象，则该商标在消费者心目中就好比色彩中的白色，可以轻易被其他商标覆盖，在这种情况下，极容易发生混淆。

##### 2. 单一出处混淆与多出处混淆

依据所涉出处的多少，混淆又可以分为单一出处混淆与多出处混淆。单一出处混淆，又称为直接混淆，是指消费者误认为原被告商品源于同一出处；多出处混淆，也称为间接混淆，是指消费者虽然意识到原被告商品源于不同出处，但误认为这些出处之间具有某种关联或者赞助关系，这种混淆就是通常所说的赞助混淆或关联混淆。

单一出处混淆还可以细分为商品混淆与来源混淆。就商品混淆而言，消费者误认为所见到的商品就是他所熟悉的商品，例如，误将“南符”牌电池当作“南孚”牌电池，此时的混淆指向商品，消费者心目中业已形成的认知网络保持不变。而在来源混淆，消费者正确地认识到他以前并未见过眼前的商品，但附着于商品上的商标使消费者误认为该商品来自于他所知道的特定出处，此时的混淆指向商品来源，由此，消费者在先形成的认知网络中会添加一个结点，即关于新商品的信息。例如，消费者可能认为，虽然“南符”牌电池不同于“南孚”牌电池，但这两种电池源于同一出处，换句话说，两种品牌的电池由同一企业生产。

与来源混淆相比，商品混淆更加微妙也更加隐蔽。就来源混淆而言，尽管消费者误以为知道系

[35] D. J. Howard, R. A. Kerin and C. Gengler, *The Effects of Brand Name Similarity on Brand Source Confusion*, 19 Public Policy and Marketing 250 (2000).

[36] *Big O Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 561 F. 2d 1365 (10th Cir. 1977).

争商品的来源,但他同时也知道该商品与此前见过的商品存在某种区别。这样,他更有可能阅读商品包装上的标签,并进而看到和阅读使用、存放和保养说明以及注意事项,在这个过程中,消费者极有可能发现所购买的并非他所希望的商品,从而至少可以避免再犯同样的错误。而在商品混淆的情形,消费者误以为他熟悉侵权商品,不会进一步阅读商品包装上的标签,这样就会增大误用商品和出现其他危险的潜在可能,消费者在以后的购物活动中也不会引起警觉,继续混淆下去。可见,无论从商标所有人还是从消费者的角度,商品混淆的危害都要大于来源混淆。

在多出处混淆,消费者意识到存在两个或多个出处,但误认为这些出处之间存在某种正式的关联关系(如总公司与分公司、母公司与子公司)或存在商业上的关联关系(如其中一个企业正式授权、赞助或许可另一个企业从事系争领域的业务)。例如,多年来,时尚品牌波罗(Polo)都在许可汽车制造商如福特在特别指定的汽车上使用该品牌。如果其他汽车商未经波罗许可而使用该品牌,就可能导致赞助混淆。在这种情况下,消费者一般都意识到两个企业相互独立,但误认为双方已达成合作协议。《中华人民共和国商标法修改草稿》(征求意见稿)(以下简称《修改草案》)第30条规定:“申请商标与他人有一定知名度的注册商标相同,容易导致消费者认为与在先商标权利人之间存在一定联系的,不得注册。”该条款就可以视为对赞助混淆的禁止。

### 3. 潜意识混淆

潜意识混淆是指发生在潜意识或下意识层面的混淆,其后果就是后来者通过利用与在先商标在潜意识层面的联想而在先来者的市场上找到立足点。<sup>[37]</sup>心理学理论和实验表明,混淆也可能发生在不能明确检索到的心理层面,原因就在于,储存在我们记忆中的各种经验和信息并不具有同等的可及性,其中既有能即时回想起来的信息,也有难以记起的信息。在心理过程中,“内隐记忆”普遍存在,在这种情况下,个体所具有的特定经验无意识地影响当前认知过程,而自己并没有意识到这些经验,也没有进行有意识的提取与操作。同时,心理活动又具有自动性,许多心理认知过程都是在我们意识不到的情况下发生的,记忆可以在无意识的情况下完成对信息的加工处理,并在无意识状态的情境下检索和提取刺激信息。<sup>[38]</sup>结合潜意识混淆,不难理解,尽管隐藏在记忆深处的信息可能难以甚至根本不可能因应调查者提出的问题而被及时检索出来,但通过传播激活方法和与其他可以检索之信息的联系,潜意识中的信息也可以导致混淆。即便如此,目前相关理论和实验还很难运用于司法程序。<sup>[39]</sup>应该说,对潜意识混淆的研究才刚刚起步。

#### (五)“混淆可能性”的认定:法官断案的认知心理分析

在商标语境下,“混淆可能性”是建立在“混淆”概念基础之上,而又与之有别的一个独立范畴,意指具有一般谨慎程度的普通消费者极有可能误认为在后商标所附着之商品源于在先商标所有人或与之有关。作为商标法的基本范畴,“混淆可能性”既是侵权认定的主要标准,又是商标审查(评审)的重要尺度。在实践中,各国法官(含商标审查人员,下同)大多采用“多因素认定法”来判定“混淆可能性”是否成立。在断案过程中,法官应模拟普通消费者的心理状态,因此,商标法学不仅要充分关注消费者的心理认知,而且应着力研究法官断案的实际心理过程,以便进一步把握商标法基本范畴的心理学本质。

以美国为例,各巡回法院在认定“混淆可能性”时所考量的因素略有不同:联邦巡回法院考虑的因素多达13个,其他巡回法院则从6个到10个不等,平均为7.5个。<sup>[40]</sup>这些因素包括:商标显著性、商标名声、商品类似程度、商标近似程度、消费者智力水平和注意程度、原被告商品的销

[37] 前引[11], Jacoby文,第1046页。

[38] 梁建宁:《当代认知心理学》,上海教育出版社2003年版,第168页以下。

[39] 前引[11], Jacoby文,第1046页。

[40] Barton Beebe, *An Empirical Study of the Multifactor Tests for Trademark Infringement*, 94 Calif. L. Rev. 1581.

售渠道、被告意图和实际混淆。<sup>[41]</sup>美国法院认为，这些清单仅仅是一种指南，并未穷尽一切因素，因而法院还可以考虑任何其他相关的证据。<sup>[42]</sup>在具体案例中，并非所有因素都是相关的，各个因素所起的作用也不是平分秋色。<sup>[43]</sup>在司法实践中，法院适用“多因素认定法”的“差异不仅表现在所考量因素的多少上，而且体现在考量方式上”。<sup>[44]</sup>

表面看来，“多因素认定法”在美国法院的商标审判中占据着主导地位，但实证研究表明，法官在审判中并未真正践行这一方法，至少未按照其所标榜的方式适用。<sup>[45]</sup>一般说来，只需考虑少数几个因素的情况，就足以预测法院的认定结果。在审理案件的过程中，法官并非遵循这样的思维过程，即先分别考量各个因素的情形，再综合、汇总以便得出最终结论。实际上，少数几个核心因素就能决定认定结果，并进而制约其他因素的作用。其中，商标近似程度对认定结果的影响最大，而当有利于“混淆可能性”成立之时，被告意图对结果的影响也是决定性的；当不利于“混淆可能性”成立时，商品类似程度同样如此。此外，实际混淆对于其他因素的认定结果也有不凡的影响。在“混淆可能性”的认定过程中，不同因素占有不同的权重。个别具有很高权重之因素的认定结果对总体认定结果的影响力甚至会超过其他所有因素的总和。例如，一旦法官认定系争商标并不近似，则无须再考虑其他因素，就可得出不存在“混淆可能性”的结论。同样，如果系争商标足够近似，且被告心存故意或恶意，则不必再考虑其他因素，就可得出存在“混淆可能性”的结论。

但上述情形并不意味着法官在审判过程中有意“偷工减料”。研究表明，在面临复杂决策时，即便有能力，人们也很少全面考虑所有相关信息，而是依赖各种方法决定何时停止信息获取和分析环节，进而将决策付诸行动。心理学研究还证明，即便在作出复杂决策时，决策者往往也只考虑相关信息或因素中的小部分。不管明示的因素有多少，平均起来都只有三个因素具有统计学上的重要性。饶有趣味的是，采用上述策略进行决策，不仅效率高，而且效果好；而考虑过多的信息反而会降低决策的准确性。最新研究甚至表明，我们往往根据单一的线索或信息来作出复杂的决策，其效果与周密思考后作出的决策一样好，甚至更好。以上结论同样适用于审判过程。在认定是否存在“混淆可能性”时，法官就会采取上述方法，实际考虑的因素十分有限。<sup>[46]</sup>

不仅如此，最新成果还表明，“推理过程往往是双向的：前提和事实决定结论，而结论也会影响和改变前提和事实。这种前后循环的思维模式，其最终目的就是尽可能确保前提、事实与结论之间的一致性，为达此目的，它们会相互修正”。<sup>[47]</sup>具体到法律推理，认定案件事实与寻找法律规范之间就具有一种依存关系：认定法律事实必须取向于法律规范，法律规范的活动及其具体化必须取向于具体的法律事实。为确保“法律规范与事理相符，法律事实与规范相符”，法律适用者必须在生活事实与法律规范之间往返流转。<sup>[48]</sup>由于“混淆可能性”的认定乃是建立在事实认定基础之上的价值判断，<sup>[49]</sup>其认定过程自然要遵循上述规律。

具体到“多因素认定法”，“某个因素的认定结果会对其他特定因素的认定结果产生影响，而总

[41] 参见《美国侵权法第一次重述》第 729 条和第 731 条。根据《欧共同体商标条例》，考量因素则包括“商标在市场上的认可程度，与已使用或注册之标记产生联想的可能，商标与标记、所标示的商品或服务之间的相似程度”。

[42] [美] 麦克约翰：《知识产权法案例与解析》，中信出版社 2003 年英文影印版，第 265 页。

[43] Richard L. Kirkpatrick, *Likelihood of Confusion Issues*, 40 Am. U. L. Rev. 1221.

[44] 前引 [40]，Beebe 文。

[45] 前引 [40]，Beebe 文。

[46] Dan Simon, *A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making*, 71 U. Chi. L. Rev. 511 (2004).

[47] 同上文。

[48] 张继成：《从案件事实之“是”到当事人之“应当”》，《法学研究》2003 年第 1 期。

[49] 参见彭学龙：《论“混淆可能性”》，《法律科学》2008 年第 1 期。

体认定结果与各个因素的认定结果之间也会产生交互影响”。<sup>〔50〕</sup>“比较不同法官的意见不难发现，消费者购物时的注意程度因案件判决结果而异。也就是说，当法院不想判定侵权时，它就会宣称一般购买者谨慎小心、根本不会混淆。但如果法官认为侵权成立，他就会将标准调低，指出一般购买者很容易受骗、没有鉴别力因而容易被近似商标混淆。”<sup>〔51〕</sup>对消费者注意程度这一因素的考量是如此，其他因素的情形理应大致相同。由此，我们似乎可以合理推论，在认定“混淆可能性”时，法官心中都是先有一个倾向性的意见，然后再去考察各个具体因素，对每个因素的考察都服务于他实际上早已得出的结论。当然，所谓倾向性意见并非凭空产生，而是各种因素初步作用的结果，尽管这一过程是模糊的、非明示的。

值得注意的是，在商标淡化案件中，美国法院实际上也是采用“多因素认定法”来判断驰名商标所有人是否有权获得救济。有所不同的是，在商标淡化的证明标准上，各巡回法院一度存在“实际淡化”与“淡化可能性”的分歧。<sup>〔52〕</sup>美国2006年商标淡化修正案将标准统一为“淡化可能性”，并明确规定，在判断是否存在弱化可能性时，法院可以考虑以下因素：商标或商号与驰名商标的近似程度、驰名商标固有或获得显著性程度、驰名商标所有人专用其商标的程度、驰名商标的认知程度、商标或商号使用者是否存在引发与驰名商标有关之联想的故意、商标或商号与驰名商标之间实际存在的任何联想。这就表明，在“淡化可能性”的认定过程中，法官的心理认知状态和思维特点与认定“混淆可能性”存在相似之处。囿于篇幅，下文对于“淡化可能性”的认定不再作专门探讨。

### 三、商标淡化的心理学分析

与混淆相比，商标淡化是晚近针对驰名商标出现的新型侵权形式。按照美国学者谢希特的阐释，淡化是指“由于被使用在非竞争商品上，驰名商标在公众心目中的形象和影响逐渐削弱或降低”。<sup>〔53〕</sup>在理论演变和制度变迁过程中，淡化又逐渐细化为弱化和丑化两种形式。根据美国商标淡化修正案，弱化（Dilution by Blurring）是指由于商标或商号与驰名商标相似而引起的削弱驰名商标显著性的联想；丑化（Dilution by Tarnishment）则意味着，由于商标或商号与驰名商标相似而引起的损害驰名商标声誉的联想。

淡化问题无疑具有鲜明的美国色彩，其影响却是世界性的。实际上，最早承认淡化现象的并非美国法院，而是德国1924年的“Odol”商标案，德国法院的早期反淡化实践是美国淡化理论发展和制度建构的重要源泉。<sup>〔54〕</sup>如今，根据《欧共体商标条例》和欧盟各国商标法，驰名商标都可以获得类似于反淡化的扩大保护。不仅如此，淡化概念在欧美之外也产生了相当大的影响，新西兰已在近年颁布反淡化法，澳大利亚则正在研究是否步其后尘。<sup>〔55〕</sup>事实上，根据《巴黎公约》和TRIPS，各成员方都有义务为驰名商标提供跨类保护。可以说，反淡化已经成为全球性的问题。

〔50〕 前引〔40〕，Beebe文。

〔51〕 Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, 4th ed., vol. 4, 2006, § 23: 92.

〔52〕 参见彭学龙：《商标淡化的证明标准》，《法学》2007年第2期。

〔53〕 Frank I. Schechter, *The Rational Basis of Trademark Protection*, 40 Harv. L. Rev. 813 (1927). 该文系《哈佛法律评论》有史以来最具影响力的论文之一，作者谢希特因此被尊为“淡化理论之父”。See Sara Stadler Nelson, *The Wages of Ubiquity in Trademark Law*, 88 Iowa L. Rev. 731 (2003); Mathias Strasser, *The Rational Basis of Trademark Protection Revisited: Putting the Dilution Doctrine into Context*, 10 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 375 (2000).

〔54〕 在该案中，著名漱口水产品“Odol”所有人请求法院撤销同一商标在钢制品上的注册，并最终胜诉。谢希特曾论及此案，参见前引〔53〕，Schechter文。

〔55〕 J. Thomas McCarthy, *Proving a Trademark Has Been Diluted: Theories or Facts?*, 41 Hous. L. Rev. 713.

在我国，尽管现行商标法并未采用“淡化”一词，但其中对造成混淆以外之侵权行为的规定体现了反淡化的主张；在实践中，法官和执法人员也自觉或不自觉根据淡化理论审理案件、调处纠纷。值得注意的是，《修改草稿》第34条第2款参考《欧共体商标条例》和相关国家商标法，增加了驰名商标反淡化的内容：“申请和使用商标与他人先驰名的注册商标或其重要部分相同或者近似，可能不正当利用或者损害驰名商标显著性或者声誉的，不得注册并禁止使用。但有正当理由的除外。”<sup>[56]</sup>这一条款既涵盖了弱化和丑化两种淡化形式，又隐含着淡化案件的证明标准即淡化可能性。由此可见，对商标淡化及相关现象的心理学解释对于我国商标法的修订及修订后的实施具有重要的指导意义和参考价值。

### （一）弱化的心理学解释

根据认知心理学原理，储存在长时记忆中的信息是由结点（概念）与连接链（关系或联想）组成的网络。接触到商标淡化广告的消费者在品牌认知中会犯更多的错误，其认知和反应速度也会有所下降。商标弱化将导致消费者记起第一个使用者商品类别的能力下降，同时增加消费者回想第二个使用者商品类别的能力。<sup>[57]</sup>当然，所谓记起商品类别只是一种表面现象，其实质还是指向商品出处，或者说，商品类别是对出处的进一步说明。<sup>[58]</sup>

举例来说，对于知道劳力士手表的消费者来说，听到“劳力士”这一名称就足以唤起心中特定的认知网络：具有特定外观和性能的豪华手表并能够向外界传递戴表者的身份与地位，而所有这些信息都指向特定的出处。如果他人将“劳力士”这一商标用在非竞争性商品上，会对消费者产生怎样的影响呢？应该说，知道劳力士手表的消费者看到非竞争商品上的劳力士商标，一般不会混淆，但在心目中会形成针对同一商标的两套认知网络。这样，再听到“劳力士”这一名称时，消费者原有的心理联想就会弱化。易言之，劳力士唤起独特认知网络的能力将会被削弱或冲淡。从本质上讲，他人使用劳力士商标的效果就仿佛把本来清澈的水搅得浑浊，消费者需要商标以外的额外信息才能弄清该商标对应的是哪一个认知网络。不妨假想这样一根示意轴线，轴线的一端表示“只代表一个对象”，而另一端则意味着“可代表任何对象”，弱化就对应着轴线上逐渐远离“只代表一个对象”一端的区域。在驰名商标所有人对方当事人之间存在竞争关系的情况下，弱化问题就更为阴险。在这种情形之下，出现弱化现象就意味着该商标从此踏上了通往通用名称之路。

弱化造成的损害是多方面的。至少有一点是肯定的，即消费者不得经过额外的认知活动才能够弄清在当前环境下应适用哪一个认知网络。一般说来，一个活动的阻力越大，人们完成该活动的可能性就越小，当存在其他更为便捷的选择时尤其如此，这种心理反应可以概括为“何必自寻烦恼，不如另作他图”。不仅如此，对喜力（Heineken）和凯悦（Hyatt）商标的实证研究表明，通过在消费者商标记忆网络中增加结点，弱化会降低商标本来具备的联想强度。不仅如此，大量接触在后使用者对驰名商标的促销式使用，消费者对驰名商标所包含信息记忆的精确度就会下降，从记忆中检索这些信息的速度也会随之下降。<sup>[59]</sup>

### （二）弱化与认知扇面效应

根据认知心理学的最新成果，认知扇面效应如下图所示：<sup>[60]</sup>毂与圆圈通过单根辐条相连，毂

[56] 该款修改说明写道：“第二款增加对已注册驰名商标淡化问题的规定，即淡化主要是指‘不正当利用或者损害驰名商标显著性或者声誉’，引自《欧洲共同体商标条例》第8条5款、《德国商标法》第14条以及《新加坡商标法》第8条关于商标淡化问题的规定。”

[57] 前引〔11〕，Jacoby文，第1031页。

[58] 对这一点的详细分析参见彭学龙：《商标法的符号学分析》，法律出版社2007年版，第316页。

[59] M. Morrin and J. Jacoby, *Trademark Dilution: Empirical Measures for an Elusive Concept*, *Journal of Public Policy and Marketing* 265, 274 (2000).

[60] 同上文。

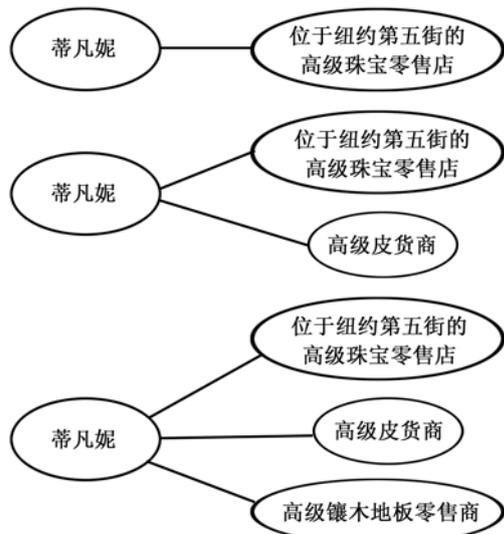
代表商标，圆圈代表一组包含各种信息的结点（有关该商标完整的认知网络）。以蒂凡妮（Tiffany）商标为例，毂就是蒂凡妮这一商标名称，圆圈内包含这样的信息：位于纽约第五街的高级珠宝零售店。与蒂凡妮这一驰名商标相联系的扇面只有单一的辐条。假定在一段时间之后，在消费者心目中对同一个毂即蒂凡妮增加了一根导向另一圆圈的辐条，圆圈内的信息为“高级皮货商”。进一步假定，还是这样一个毂，随后又获得了导向“高级镶木地板零售商”这类信息的第三根辐条。<sup>〔61〕</sup>

心理学实验表明，随着辐条数量的增加，人们将毂（蒂凡妮）与其原始信息（位于纽约第五街的高级珠宝零售店）联系起来的速度和认知容易度都会下降。这就是所谓“心理联想减弱”、“削弱显著性”或“降低驰名商标标示商品能力”的本质。正如波斯纳法官所述，“假设有一家高级饭馆取名为‘蒂凡妮’。当消费者光顾这家饭馆时，他几乎不会想到该饭馆为蒂凡妮珠宝行开设。但当消费者下次见到‘蒂凡妮’这一名称时，他会同时想到饭馆和珠宝行，这样，蒂凡妮作为该珠宝行标识的功效就会下降。消费者必须付出更高的思维成本才能意识到这是该珠宝行的商号”。<sup>〔62〕</sup>

对于扇面效应，也有学者持不同意见。美国商标法权威麦卡锡教授明确指出：“我们必须承认人类心智区分同名者的非凡能力，不管这些同名者是熟人、朋友还是商标。”<sup>〔63〕</sup>他还以美国的“德尔塔”（Delta）商标为例作了实证分析。“德尔塔”航空在美国属于驰名商标，但该商标并未由于“德尔塔”水龙头商标、“德尔塔”牙齿保险商标以及新奥尔良附近密西西比三角洲许多小企业的“德尔塔”商标而弱化。为便于说明问题，麦卡锡教授假设“德尔塔”航空属于独一无二的驰名商标，且成功地确保在运输或临近市场没有出现有导致混淆之虞的商标，混淆的范围涵盖赞助混淆和关联混淆。再假定出现了“德尔塔”水龙头商标，很显然，该商标的同时存在不会造成混淆。可否证明“德尔塔”航空商标会由于“德尔塔”水龙头商标而受损或者很可能受损？

在麦卡锡教授看来，从事后的角度而言，许多人都作出否定回答。事实上，这两个商标在现实世界中已经共存了半个世纪，因此，人们不会认同以下看法，即如果没有“德尔塔”水龙头商标，“德尔塔”航空商标或许更为强势。因为人类的心智可以毫不费力地区分两个或更多的“德尔塔”商标，即便它们都是驰名的强商标，也能够为它们分别划出独立的记忆和存储区，并最终保证同名的驰名商标相安无事。<sup>〔64〕</sup>

上述论断虽不无道理，却并不准确。在笔者看来，同名者的存在还是会互相干扰，说人类心智可以或者有能力区分同名者并非没有道理，但要说这种区分毫不费力则难以令人信服。事实上，扇面效应理论也并未否认人类区分同名者的能力，而只是主张，这种区分活动会增加认知的难度，降低联想的速度和精确度。如果能够保持独一无二的地位，驰名商标对消费者的心理影响应当更为强烈。无论是根据心理学理论还是基于我们的常识，这一点都是毋庸置疑的。



图示：心理认知的扇面效应

〔61〕 同上文。

〔62〕 Ty Inc. v. Perryman, 306 F. 3d 509, 511 (7th Cir. 2002).

〔63〕 前引〔55〕, McCarthy文。

〔64〕 前引〔55〕, McCarthy文。

### （三）弱化与丑化

在消费者心理认知上，弱化和丑化存在重大差异。认知心理学明确区分“意识到”、“注意”和“评价”等心理活动，作为一般规则，对于任何实体的存在，人们必须先形成认知，然后才能作出评价。就此而言，弱化所关注的是产生联想的强度，而丑化则将焦点放在对这些联想的评价上，也就是说，这些联想是正面或负面、好或坏、喜欢或不喜欢。构成丑化的必要条件是，被告的使用将造成对原告商标的负面联想。丑化牵涉到评价，而弱化则否。弱化只要求以前只与单一著名出处相联系的商标如今与第二个出处联系在一起，至于这些联想是破坏了在先肯定联想还是造成了否定联想，对弱化而言，在非所问。

弱化与丑化的另一个微妙区别在于，关注的焦点是原告还是被告的商标。弱化强调在原告和被告商标之间产生的联想，相比之下，丑化对指向被告商标的联想根本不关心，对指向原告商标的联想则十分关注。弱化关注联想的量和强度，例如第二个人的使用增加了该商标的联想，从而削弱了该商标指向第一个使用者的联想，丑化则更关注指向第一个使用者的联想的质。具体说来，丑化指这样的情形，第二个人的使用要么导致消费者产生对在先使用者的负面联想，要么会破坏或损坏对在先使用者的正面联想。商标丑化案件所关注的总是被告对商标的使用是否会影响对原告的评价。

淡化与商标显著性的第二含义和混淆在认知心理上也存在明显区别，不妨略作比较。第二含义和混淆所关注的是，是否存在联想或错误联想。易言之，第二含义只要求商标在消费者心目中产生确定出处的联想，混淆所考虑的则是在后商标是否会让消费者产生有关出处的错误联想。而弱化和丑化则是指削弱或降低商标明确无误地区分某个出处的能力，因而必须对产生这些联想的能力进行评价。具体而言，出现弱化和丑化现象，消费者心目中至少会产生有关两个出处的联想，但在先出处的联想因为在后联想而被削弱，或者在先正面联想被破坏，在后商标使消费者产生了对在先商标的负面联想。

### （四）商标淡化与品牌泛化

在当今社会，由于品牌延伸，驰名商标所标示的商品早已超出了最初的范围，有些驰名商标甚至被使用在种类繁多的众多商品上，例如，“耐克”商标就被使用在运动鞋之外的其他商品上。有人称这种现象为商标所有人的“自我弱化”，并指出，由于自我弱化，即便驰名商标也无法再受到反淡化保护。<sup>〔65〕</sup>这就是商标淡化诉讼中被告常常主张的泛化（Ubiquity）抗辩。不少学者将这种泛化的后果等同于淡化。西蒙森认为，品牌名称不能让消费者想到特定的商品类别，就是最典型的淡化。<sup>〔66〕</sup>莫林与雅格比也根据品牌名称与商品类别之间联想的强度来衡量商标淡化的后果。<sup>〔67〕</sup>因此，有必要在消费者心理层面对商标淡化与品牌泛化作出明确区分。

实际上，所谓“泛化”并不会削弱商标标明出处的功能。恰恰相反，成功的品牌延伸只会在消费者心目中强化该商标与特定出处的联系。由于商标最本质的功能就在于标示和区分出处，而不是指代某种产品，泛化实际上会起到强化商标功能的作用。而商标淡化的效果则正好相反。从心理学角度而言，淡化与泛化最关键的区分就在于品牌信息在消费者知识结构中的储存方式。在品牌延伸的情形，消费者一般都知道延伸的品牌与母品牌源于同一出处。这样，延伸后的品牌结点在消费者的长时记忆中储存在与母品牌结点相同或十分靠近的区域。因而，品牌延伸就必然有助于而不是阻碍品牌信息的及时检索，原因就在于激活的路径是早已形成的品牌网络。在商标淡化的场合，相当比例的消费者都知道相关商品来源于不同的出处，并不发生混淆，这样，商标后使用者的品牌结点

〔65〕 Sara Stadler Nelson, *The Wages of Ubiquity in Trademark Law*, 88 Iowa L. Rev. 731 (2003).

〔66〕 Alexander Simonson, *How and When Do Trademarks Dilute: A Behavioral Framework to Judge "Likelihood" of Dilution*, 83 The Trademark Reporter 49-174 (1993).

〔67〕 前引〔59〕, Morrin 和 Jacoby 文, 第 274 页。

所储存的区域就不同于先使用者的品牌结点。这种结构变化的净效果就是，消费者对商标在先使用者的检索将受到阻碍。换言之，在先商标的功能将因此被削弱或冲淡。

#### （五）否认声明与商标淡化

所谓否认声明，本来属于商标侵权的一种救济方式，具体说来，就是要求被告在其商品或包装上作出明确的标示，向消费者表明，该商品并非原告的商品。但证据表明，在商品上作“否认声明”对于降低或消除消费者混淆根本没有作用或者收效甚微。实际上，如果消费者只是简单地看一眼否认声明，混淆可能性甚至会增加。在淡化案件中，法院是否应考虑这一救济方式呢？回答是否定的，因为在淡化案件中适用该救济的结果往往适得其反。

不妨考察广告标语“并非父辈的奥兹莫比尔”（Not your father's Oldsmobile）和域名“notHarvard.com”，后者的使用者为一家向商业公司提供在线教育服务的企业。无论“奥兹莫比尔”还是“哈佛”都具有广泛声誉，人们一旦读到或听到这两个商标，心目中早已存在的认知网络就会被激活。在这种情况下，要领悟其中“not”（非）的含义就必须先理解它所依附的词“Oldsmobile”和“Harvard”。就上述广告语而言，奥兹莫比尔公司是唯一牵涉到的出处，这样，唤醒消费者心目中现存的“Oldsmobile”认知网络，对广告主来说有益而无害。在“notHarvard”一词中，“not”能否阻止混淆或许并无定论，但由于消费者至少必须唤起心中与哈佛认知网络有关的部分关键结点，“not”绝不足以防止淡化。实际上，否认声明只会起反作用，不仅不宜作为商标淡化案件的救济手段，而且它本身就足以导致淡化。

## 四、结 语

“在商标法领域，我们所面对的并非可以握在手中的有形物，而是无形的心理反应和联想。我们不是在与经济学打交道，而是在应对应用心理学的复杂问题。”<sup>〔68〕</sup>这是美国学者在50多年前作出的论断，如今看来，依然不失为允当。所幸的是，半个多世纪以来，认知心理学的发展为我们准确把握商标制度的心理学机理奠定了科学的基础。作为法官断案的依据，商标法及其修订理应充分关注商标制度运行的心理学机理。而在司法程序中，“如果运用得当，心理实验可以为样本人群的联想、知识、行为反应提供证据。这样，就能使裁判建立在更合理的基础上，而不是仅仅依据法官个人的心理反应”。<sup>〔69〕</sup>就此而言，样本人群的选择、调查问卷的设计、问卷结果的分析乃至相关结果在法庭上的运用，都是不容回避的难题，理当成为学界进一步的关切。

〔68〕 46TMR 1 (1956).

〔69〕 前引〔3〕，Bowen文。