

论商标权的扩张保护——以非传统商标为中心

屈川皓

湖北大学，湖北武汉，430062；

摘要：在数字经济与全球化竞争加剧的时代背景下，非传统商标以其形式多样和识别效果独特，逐渐成为品牌竞争的重要工具。然而，现行法律对其保护存在显著性认定困难、公众认知差异及注册标准模糊等问题，难以适应市场需求。本文聚焦非传统商标保护，从时代发展对品牌识别的高要求出发，探讨其在法律实践中的困境及改进方向。通过分析典型案例，揭示声音、颜色、气味等商标在认定标准上的瓶颈，结合美国、欧盟等国际经验，提出完善表达方式、引入量化公众认知倾向及制定差异化标准的建议为构建符合时代需求的非传统商标保护框架，推动我国知识产权保护的现代化与国际化发展提出新思路。

关键词：商标权；非传统商标；国内外治理

DOI：10.69979/3029-2700.25.07.043

前言

在当前数字经济、电子商务和品牌多元化发展的背景下，传统商标仅限于视觉和文本信息的形式已经无法满足新兴市场的品牌识别需求。国际营商环境内识别的文化差异、数字环境中的表达局限等现象导致传统商标难以有效保护品牌独特性。因而，更具识别性和多感官冲击的非传统商标，例如声音商标、气味商标、三维立体标志商标等等逐渐进入大众视野，成为了增强消费者记忆的关键以及企业差异化竞争的重要工具。

所谓非传统商标，即常见的文字、图形、数字等可视性平面表达之外的新型商标，如动态影像、声音、颜色组合、三维立体标志等。^[1]自 2013 年我国商标法进行修改后，将“可视性”这一标准删除，声音等也作为识别商品和服务来源的标识列入其中。不仅如此，2020 年，我国与日本、韩国、澳大利亚、新西兰和东盟十国共 15 方成员签署了《RCEP》。在商标可注册性方面，该协定采用超 TRIPS 标准，在其第三节第 19 条要求“缔约方不得将标记可被视觉感知作为一项注册条件，也不得因该标记由声音组成而拒绝商标注册”，认可了非传统商标。同时，我国正在推进加入《CPTPP》的进程，而该协定要求尽最大努力接受气味商标，因此我国有必要适时扩大非传统商标的保护范围以顺应国际发展趋势，为与各国经济合作提供制度保障。

由此可见，商标法将非传统商标纳入到商标法的立法规定之中，扩大对非传统商标的保护范围，既是符合立法初衷的明智之举，也是契合社会化市场经济发展，保护生产者、经营者以及消费者权益的殷切需求。

1 扩大对非传统商标保护的法理基础及现实意

义

1.1 非传统商标的可注册性

非传统商标不同于语词和图形为主的传统商标，由于其标识形式的特殊性，对将声音、颜色、气味、形状、颜色组合等符号化的非传统商标的认定也突破了以往对商标审查的标准和方式。

1.1.1 显著性

显著性是商标注册的核心要素，分为固有显著性和获得显著性，学界和司法实践中认为非传统商标在固有显著性的认定中难以区分，因此多从获得显著性中确定。所谓获得显著性就是从识别功能角度看，一般认为，不具有固有显著性的描述性标志、商品或包装形状、商品装潢、广告语等经过某个经营者在市场上长期广泛的使用，相关公众就会将其与某个特定经营者相联系，从而产生显著特征。

因此，非传统标识若要取得获得显著性就要通过长期的市场投入，使消费者将非传统标识与商品或服务建立起一一对应的关系，这个过程中，商标使用证据就是间接证据，市场调查问卷就是直接证据，两者都可以来证明“第二含义”。

1.1.2 非功能性

非功能性原则要求商标不应是商品或服务的功能性要素，例如汽车喇叭的声音因其本身就有鸣笛警示的功能而无法注册为声音商标；香水因其本身功能就是提供芬香而无法将其香味注册为气味商标。而非传统商标本身多为与自然特性和功能性息息相关的元素组成，因此非传统商标的注册更为注重证明非功能性，以避免商品的实用性功能因商标注册而被垄断。

1.2 现实意义

1.2.1 提升品牌识别性和竞争力

在注意力经济学中，知觉、行动与注意力三者关系诠释了人们由意识到最终行动的过程。运用在非传统商标与其他传统商标的环境集合中，动态、声音、三维立体标志是当中突出的特征部分，在普遍为传统商标构成要素的商业环境中博得消费者眼球，非传统商标从“知觉”层面首先占据上风，这样非传统商标权人就比同行业其他竞争者捷足先登，率先拉拢部分消费者的关注，强化了商标的广告宣传功能，这使得企业在法律现有框架下尽可能寻求非传统商标的功能优势。^[2]

1.2.2 顺应技术发展和市场需求

随着数字经济的发展，非传统商标从传统的图像和文字形式演变为多感官结合的标识，通过整合多种媒体技术，成为公众识别和感知商品的重要途径。这类商标在日常互动中承担了象征和替代功能，有助于深化公众对标识对象的认知与理解。首先，非传统商标突破了传统以视觉为主的表现方式，为商品特征的显著性提供了更灵活的表达途径。从有形和可触的标识扩展到可听、可闻甚至可尝的形式，进一步增强了消费者对品牌的感知深度；其次，数字技术的广泛应用使得商标能够通过记录、储存和传播特定特征，为其保护和展示提供更多可能；最后，这类商标摆脱了传统符号形式的局限性，以更直接、创新的方式展现商品和服务的特性，减少表达局限带来的认知偏差。例如动态商标（如开机动画）在电子设备和软件行业中占据重要地位，声音商标在智能家居和语音助手领域如亚马逊 Alexa 的提示音，已成为品牌识别的重要元素，极大增强了品牌传播效果。

1.2.3 促进国际商标保护与全球化发展

非传统商标为跨国企业提供了更多品牌传播手段，尤其是在文化差异较大的地区。例如，颜色和声音作为非语言符号，能够跨越语言和文化障碍，增强品牌的国际化传播效果。同时随着非传统商标的广泛应用，各国商标法逐步与国际规则接轨，推动了商标保护在全球范围内的协同发展。近年来，试图取得非传统商标的申请人日益增多，国际社会对非传统商标的申请注册给予了充分的关注和重视，在立法和实践中越来越多地倾向于对非传统商标进行保护。就我国而言，随着我国市场对外开放的程度越来越高，在我国申请注册登记的外国商标也在不断增加。我们应该顺应国际形势的发展，积极引导和鼓励我国企业和个人运用多样化的商标，保护其商品或服务的特色，将商标保护的范围逐步扩大到立体商标、颜色商标、声音商标、气味商标等非传统商标。

[3]

2 非传统商标保护面临的困境

2.1 非传统商标形式过于特殊

非传统商标因其形式的特殊性，在显著性认定中存在诸多障碍。根据商标法的基本原则，显著性是商标获得注册的核心要件，要求商标能够使相关公众区分特定商品或服务的来源。然而，非传统商标因其非直观的表达方式，与传统文字或图形商标相比，其显著性难以确定。以声音商标为例，其特性难以通过传统可视化方式予以呈现，而简单的音调或短暂旋律因缺乏足够的独特性，难以使相关公众将其与特定商品来源建立稳定联系。仅有长期使用且具有显著识别性的声音如经反复传播的品牌提示音，才可能满足显著性要求。气味商标则因其无形性及描述的复杂性进一步增加显著性认定的难度。对于通常带有功能性特征的气味，如香水的气味或清洁剂的香味，往往被视为商品的自然属性，而非识别来源的标志。颜色商标同样面临较高认定门槛，尤其是单一颜色因其广泛的装饰性和行业通用性，不具备固有显著性，除非经过持续使用并形成市场认可，才能满足商标法意义上的显著性要求。三维标志和动态标志因与商品本身的设计关系密切，常被认定为功能性或装饰性设计，不足以构成具有识别能力的商标。

2.2 相关公众认知习惯不一

由于对非传统商标显著性认定通常由相关公众的认知习惯界定，因此在判断非传统商标的显著性时往往是通过证明其具有获得显著性，这就需要经营者证明非传统标识在市场和消费者心中已经与其商品或提供的服务建立起了一一对应的关系，如“狮吼”之于米高梅，

“滴滴滴”之于 QQ，小号声之于新闻联播，这些标识都由经营者经过长期广泛地使用使其产生了“第二含义”。但是，相关公众的认知习惯并不统一，这就导致非传统商标的显著性认定极为不稳定。

例如，对于声音商标，相关公众通常不会主动通过声音来辨别商品或服务来源，尤其是当声音具有通用性或缺乏鲜明个性时，公众认知的差异性更为明显。一段简单的音调可能在部分消费者中形成特定联想，但在其他群体中则仅被视为背景效果。同样，对于气味商标，不同个体对嗅觉的感知能力和偏好存在显著差异，某些群体可能将特定气味与某商品联系起来，而另一些群体则可能完全忽略气味的识别功能。此外，颜色商标的显著性认定也受到公众文化背景和行业习惯的显著影响。例如，在某些文化中，红色可能因特定象征意义而具有

较强的识别性，但在其他文化中可能仅被视为装饰性元素。动态商标则因其连续性特征需要相关公众完成对动态过程的完整记忆和解读，这对于快速消费或低注意力场景中的消费者而言尤为困难。因此，非传统商标中相关公众的认知习惯因商标形式的不同而表现出高度的不一致性，这种差异性直接增加了显著性认定的困难与不确定性。

2.3 注册制度标准模糊

非传统商标注册制度在现行法律体系中的模糊性，直接影响了法律适用的明确性与注册实践的操作性。这种模糊性主要体现在非传统商标注册条件、显著性认定标准以及功能性排除的适用规则方面，现行法律对此未作出系统化和细致化的规定，导致注册实践中的不确定性和争议频发。

在声音商标的注册中，现行法律未对声音的描述和固定方式作出明确规定。申请人是否需提供声谱图、音频文件或其他技术手段作为描述依据，各国和不同审查机构要求不一，法律并未提供清晰指引。其次，气味商标因其无形性和主观感知的差异性，在注册中面临更大的法律障碍。气味如何通过技术手段予以固定，以及技术描述是否能够充分满足显著性认定的需求，现行法律并未明确。再次，颜色商标的注册也因法律规范不足而面临显著性认定的难题。单一颜色通常需通过使用获得显著性，但现行法律未明确规定“通过使用获得显著性”的具体标准。例如，如何量化“使用时间”或“公众认知度”，是否需要通过市场调查或其他证据加以证明，缺乏统一的裁量依据。动态标志的注册因技术依赖性较高，也暴露出法律规范的局限性。动态标志需通过多媒体技术固定其动态过程，但现行法律未明确规定是否可以以视频文件或动态图像文件作为注册材料提交。同时，动态标志的显著性认定需考虑相关公众在短时间内对其连续变化的完整认知能力，但法律中对此类认定标准尚无具体指引，导致实践中因认定标准不统一而产生争议。

3 对非传统商标保护的完善建议

3.1 完善非传统商标的表达方式

与传统商标依赖文字或图形不同，非传统商标的表达方式涵盖声音、颜色、气味、形状等多感官维度，因此需要在技术手段、法律规范及公众认知之间实现协调统一，从而为非传统商标的注册与保护奠定坚实基础。

由于非传统商标往往超越视觉领域，其感官特征难以通过传统的书面描述完全传达，因此需要依赖更为专

业化的技术手段进行精确表达。例如，声音商标可以通过音频文件附加声谱图来全面展现声音的频率、节奏与结构特征；颜色商标可借助国际通用的色彩编码，明确具体颜色范围；气味商标则需要通过化学成分分析报告来准确描述其气味分子组成。这些技术性表达方式不仅能够有效避免商标描述的模糊性和歧义性，还为审查机关和公众提供了清晰的辨识依据。

3.2 量化相关公众认知倾向

量化相关公众的认知倾向这一方法不仅能弥补现行制度对非传统商标显著性判断的主观性和模糊性，还能为商标法在复杂市场环境下的适用提供新视角。借助市场调查、实验室研究与技术手段相结合的模式构成相关公众认知数据的多维度体系。市场调查是基础手段，通过设计具有科学性的问卷，调查公众是否能将特定非传统商标与品牌直接关联，例如将声音与某品牌的广告直接联系起来。实验室研究则通过模拟消费场景，观察公众对非传统商标的注意力分布与识别准确性。技术手段则包括利用人工智能和大数据分析消费者的认知偏好与行为习惯。例如，利用购物平台的消费者反馈数据分析某一颜色或声音在品牌识别中的实际作用。此外，量化结果还可在审查程序中作为抗辩依据。若申请人能够证明公众认知达到法定比例，即可突破显著性初步认定的障碍。

但也要注意，第一，数据采集的地域性与样本选择的偏差可能导致结果失真。不同地区的消费者因文化背景不同，可能对颜色或声音的认知差异显著，这将影响数据的普适性。第二，量化的成本较高，特别是对中小企业而言，完成一次全面的量化研究可能过于昂贵。第三，过度依赖数据可能弱化法律适用中的价值判断，使得灵活性下降。因此，量化方法应与传统法律分析相辅相成，而非完全取代主观判断，并且量化结果必须经过公证以证明其数据来源的可靠性和合法性。^[4]

3.3 完善非传统商标显著性认定的制度框架

完善非传统商标显著性认定标准是一项复杂的任务，需要结合国内外司法实践，从多维度提出全面、具有操作性的制度框架，以应对非传统商标种类繁多和表现形式复杂的现实挑战。在国际上，美国和欧盟的实践为显著性认定提供了不同但互补的路径，为我国完善相关制度提供了重要借鉴。

美国实践中，通过《兰哈姆法案》和相关司法判例，美国确立了显著性认定的综合考量模式。^[5]例如，在“Qualitex 案”中，美国最高法院认定颜色可以作为商标

保护，但必须证明其具有识别商品来源的功能，并不影响商品的功能性。^[6]同时，美国商标法通过“后天显著性”的概念，允许非传统商标通过长期使用获得显著性。这种方式强调通过持续性使用来弥补内在显著性的不足，但需提供具体证据，如消费者调查数据、市场销售记录和广告投入效果等。这种基于市场实际的标准，兼具灵活性与可操作性，能够平衡创新保护与市场竞争之间的关系。

相比之下，欧盟的实践更加注重标志的固有特性和消费者认知的结合。根据《欧盟商标条例》，非传统商标的显著性认定不仅依赖市场使用，还需考察标志本身是否足够独特，能够让消费者在无其他附加信息的情况下识别商品来源。例如，在欧盟“立体巧克力”案中，法院认为即使形状特殊，但如果仅为装饰性或功能性元素，则无法认定其具有显著性。这种内在与后天结合的模式要求申请人证明商标既能脱离其功能性，又能通过实际使用获得消费者的识别认同。

基于这些经验，我国可以从以下几个方面完善显著性认定标准：一是明确证明责任与认定要素，针对非传统商标的特殊属性，应建立差异化认定体系。对于颜色、气味、声音商标，规定相应的后天显著性形成时间和具体证明材料要求。同时，可将消费者调查数据作为关键性辅助证据，确保认定过程的科学性与客观性；二是引入类别化标准，鉴于非传统商标的表现形式差异较大，可参考美国和欧盟的做法，针对不同类型商标设定特定的显著性评估标准；三是建立动态的显著性审查机制，结合市场变化和科技进步，完善现有法律框架，使之能够适应非传统商标的发展需求。例如，针对多媒体商标，可引入技术手段评估其传递商品来源信息的效果；四是完善法律与政策配套支持，加强与国际商标注册规则的衔接，确保我国制度的国际化与前瞻性。通过参考和融合国外的成功经验，不仅能够提高非传统商标显著性认定的效率和公平性，还能为市场主体提供更明确的规则

预期，进一步激励创新，优化商业环境。

4 结语

非传统商标因其形式的多样性与感官的复杂性，突破了传统商标以文字、图形为主的固有范畴，成为现代品牌竞争的重要工具。然而，现行法律体系对非传统商标的保护尚存诸多不足，包括显著性认定的高门槛、公众认知的主观性差异以及注册制度的不确定性。这些问题在实际操作中不仅影响了非传统商标的注册成功率，也制约了其在市场竞争中的潜力发挥。通过借鉴美国、欧盟等司法管辖区的成功经验，我国可逐步建立完善的非传统商标保护机制，以丰富商标法的理论体系，有效提升我国企业的全球竞争力，推动知识产权保护与市场经济的深度融合。

参考文献

- [1] 徐瑛晗. 非传统商标保护之必要性——法经济学的解释[J]. 中华商标, 2021, (01): 69-73.
- [2] [美]托马斯·达文波特约翰·贝克著, 谢波峰、王传宏、陈彬、康家伟译: 《注意力经济》, 北京中信出版社 2003 年版, 第 24 页。
- [3] 余翔, 张庆. 非传统商标保护的比较研究[J]. 知识产权, 2011, (02): 114-119.
- [4] 邱罗娇. 国际法视野下我国非传统商标法律保护——以气味商标为例[J]. 文化学刊, 2023, (06): 105-108.
- [5] 郑莹. 非传统商标显著性的认定[D]. 郑州大学, 2016.
- [6] 王先林. 颜色的商标保护与美国商标法——美国最高法院对 Qualitex 公司诉 Jacobson 产品公司一案的判决[J]. 知识产权, 1998, (01): 45-48.

作者简介：屈川皓 2000.10.19，男，汉族，湖北宜昌，研究生在读，研究方向，湖北大学