

“熱詞”商標的冷思考

高玲*

摘要 本文以“熱詞”商標作為研究物件，對“熱詞”現象及“熱詞”商標的申請及動因進行分析，重點闡述“熱詞”商標的審查應以商標的含義為基礎，不得違反商標的顯著性原則，不得具有不良的社會影響以及不以使用為目的的“熱詞”商標註冊應當予以制止。並且在此基礎上，筆者提出，即便是沒有觸發任何具體商標法律規範的“熱詞”商標，對其註冊與審查亦應採取審慎態度，“熱詞”的獨特性並非等同與商標的顯著性，缺乏商標顯著性的“熱詞”商標不會產生商標價值，其申請註冊破壞了商標應然的識別功能，有礙公平競爭，違背誠實信用原則。

關鍵詞 熱詞 熱詞商標 商標審查 顯著性 識別功能

近年來，在歲末年尾的收官中頻頻出現對當年“熱詞”的盤點。放榜主體或是專業機構、互聯網媒體，或是視頻網站、搜索平台，比如國家語言資源監測與研究中心、《咬文嚼字》、微博、B站（彈幕“熱詞”）、互動百科都有站在自身立場和價值觀視角下，評選出當年的“熱詞”榜單。如“躺平”“內卷”“YYDS”等，再如2022年的“二舅”“天選打工人”，早些年入選的“給力”“女漢子”“正能量”“屌絲”“後浪”等。這些被“海選”出的“熱詞”好似一部部文化景觀，頗具儀式感意蘊。

在“熱詞”言辭狂歡的場面外，還有一股熱潮與之並行，就是某些“熱詞”被陸續申請註冊商標。2018年6月14日，俄羅斯世界盃開幕。6月30日，首場八分之一決賽，法國隊以4：3擊敗阿根廷隊，19歲小將姆巴佩憑藉兩射一傳，送走梅西，自己也一戰成名。當晚，所有球迷都記住了這個新星的名字——姆巴佩。而就在比賽次日，國家商標局收到27份申請註冊“姆巴佩”或“姆巴佩MBAPPE”商標的申請書；第三天，申請數字漲到了58；第六天，申請註冊“姆巴佩”或“姆巴佩MBAPPE”商標的就已達137個。^[1]經檢索，2021年“熱詞”元宇宙目前已顯示有2000餘條申請記

* 高玲，澳門大學法學院博士研究生，北京知識產權法院三級高級法官。

[1] https://www.guancha.cn/society/2018_07_15_464194.shtml，最後訪問時間2022年3月6日。

錄，躺平284條，YYDS174條，而歷史“熱詞”給力已有3000餘條，正能量680條，屌絲192條，女漢子99條。^[2]

一、“熱詞”現象

雖然“熱詞”在現代漢語詞典（第六版）中被定義為“一個時期內使用頻率極高的詞語”，但“熱詞”在語言學上本身還是個值得研究的範疇。^[3]鑒於本文重點討論的是“熱詞”商標的相關法律問題，而該法律問題不僅限於詞彙，且對語言學上的問題進行模糊處理並不影響本文研究結論，故本文在此將包括短句、流行語等統一使用“熱詞”指代。當然，“熱詞”也不是一個法律概念。為便於討論，筆者依據上文提及的“熱詞”情形，確定本文所討論的“熱詞”是指在一定時期及範圍內被極高頻率使用的詞語。

（一）“熱詞”的構成

1. “熱詞”的形式構成。

“熱詞”的構成從形式上看，有中文、數字、字母三種基本符號元素，其中中文元素有只有一個元素的情形，如親、雷、懟。字母元素既可以是中文拼音聲母，亦可是英文單詞或縮寫，如“YYDS”是“永遠的神”的意思，“Emo”是emotional的縮寫，形容情緒起伏不定。^[4]三種元素既可以單獨構成“熱詞”，亦可兩兩交叉組合或是三者組合構成，無先後順序，比如單一數字“熱詞”2012、單一字母“PUA”、字母中文組合“hold住”或“江南style”、字母數字組合“PM2.5”或“F1”、中文字母數字組合“甲型h1n1流感”“3Q戰爭”“G20峰會”。此外，還存在英文翻譯，如“熱詞”硬核，譯自英文“hardcore”。

2. “熱詞”的內容構成。

“熱詞”的構成從內容上看，大體上包括中文縮略語、概括語及人物名稱三個大部分。中文縮略語如：中超（中國足球協會超級聯賽）、超女（超級女聲）、打黑（打擊黑社會）、倒扁（推倒陳水扁）、佔中（佔領中環）、高大上（高端大氣上檔次）、神六（神舟六號）、打虎拍蠅（打老虎拍蒼蠅）、馬航（馬來西亞航空）等；概括語一般是將某一事件、現象、觀念進行提煉總結，如秒殺、蝸居、神器、一帶一路、獨二代等；筆者檢索到使用頻率較高的人名“熱詞”有：劉翔、李宇春、易建聯、小瀋陽、鄧玉嬌、奧巴馬、約伯斯、薩科齊、斯諾登、曼德拉、郭美美、莫言。

3. “熱詞”的來源與傳播

“熱詞”的構成從來源與傳播途徑上看，某些“熱詞”有明確的原始出處，比如“你懂的”出自一位前國家領導在全國政協招待會上答記者問，“覺醒年代”出自電視劇，“破防”出自網路遊戲，“絕絕子”出自綜藝節目，“躺平”出自百度貼吧貼文，“我看不懂，但我大受震撼”出自導演李安之語。但某些“熱詞”已無法確定其原始出處，或者是說是經過多次傳播而形成的，因此已不好判斷是基於哪一次傳播確定了該詞的含義和用法。“熱詞”的構成從來源與傳播途徑上大體可以分為兩大部分，一是與國家層面政治、經濟、政策、理念相關的“熱詞”，比如“強國有我”“不忘

[2] <http://sbj.cnipa.gov.cn/sbcx/國家知識產局商標局中國商標網>，商標綜合查詢，最後訪問時間2022年3月6日。

[3] 王匡弋洋：《再議現代漢語中的“流行語”與“熱詞”》，澳門大學人文學院中國語言文學系，碩士論文。

[4] <https://baike.so.com/doc/6067974-6281041.html>，最後訪問時間2022年3月10日。

初心”等，另一類是與百姓生活高度相關的“熱詞”，具體包括熱門事件、現象、人物、大眾媒介產品、二次元世界、社交網路中偶得性原創以及流行語的二次創作，媒介及文學內容改編等。首先，作為語言的單元，一定是有人第一次使用它，並且是有一定的指代含義，或是首次使用的語境；其次，憑藉中青年為主力軍的互聯網高速平台，其被頻繁效仿與使用，期間也不乏被“修正”“翻新”，注入額外內涵。這也很好的印證了，無論是國家層面的還是與百姓生活高度相關的“熱詞”，都具有得天獨厚的傳播力，互聯網成為“熱詞”生產、發酵與傳播的主要平台，具有極高包容度與接受度的中青年網民成為“熱詞”傳播的重要主體。

（二）“熱詞”的特點

語言是人類特有的表意符號系統，它是人表達思想情感與人交流的主要手段。人類從遠古走來，其語言體系也在不斷發展變化中。從溝通效果的角度講，新增詞彙有其合理性，是一個可以被接受的現象。這正體現了語言作為日常交流的工具，本身所富有的活力與張力，以及變化的能力與動力。語言又是文化的重要載體，各種各樣的文化場域都有孵化“熱詞”的潛力。尤其是在網絡時代的今天，人與人之間的交流程度得到極大的提升。如前所述，“熱詞”使用的構成從形式上看，有中文、數字、字母三種基本符號元素，因此“熱詞”中既有原本語言中就存在的詞彙，將其賦予新的含義，又有“舊”詞、“舊”字新組合，形成新含義，還存在完全的臆造詞。當然，臆造詞也必然帶來相應的含義。“熱詞”的含義，實質上就是將其賦予了時代色彩，或是使其擁有了某種新事物、新事件、新現象的特質。而這種“機緣巧合”的被賦予和擁有，之所以能夠在一定時空被廣泛接受，正是由於“熱詞”的新內涵足以引起公眾心裡的普遍共鳴，比如打工人、躺平、佛系、內卷等。“熱詞”的特點在於溫度，群體情緒與社會心裡基礎造就了“熱詞”具有一定的時空性、暫時性與易逝性。故“熱詞”被頻繁使用，但卻不可能成為全民的“熱詞”，“熱詞”在某種程度被貼上時尚標籤，可以即刻性描摹最真實的社會百態和現實情狀，但與經久不衰沉澱在民族語言體系中的語彙不可同日而語。

二、“熱詞”商標現象及其存在的“基理”

就“熱詞”商標現象，筆者進行了以下簡單的梳理。

（一）“熱詞”商標申請的特點

隨著“熱詞”現象的不斷升溫，在商標註冊申請中開始出現以“熱詞”作為商標標識，或者是作為商標標識的顯著識別部分、組成部分的情況。其特點在於：

1.快速申請。此類“熱詞”商標所使用的詞彙多出自於熱門事件、現象、人物，商標的申請行為為時會與客觀事實的急速升溫近乎同步進行。如上文例舉的“姆巴佩”商標，以及在奧運會等重大體育賽事金牌產生後，冠軍運動員的名字亦會成為快速申請商標註冊的對象；

2.大量申請。雖然每年盤點的新“熱詞”已經是作為當年的佼佼者登上榜單，但總會有某些“熱詞”在眾多“競爭者”中成為超級大“熱詞”。比如2021年的元宇宙，是指利用科技手段進行連結與創造的，與現實世界映射與交互的虛擬世界，具備新型社會體系的數字生活空間。^[5]它力透科技、虛擬、數字及無限可能，以“物質世界得不到的，元宇宙可以給你”直抒胸臆。像元宇宙這樣的超級

[5] 參見左鵬飛：《最近大火的元宇宙到底是什麼》，載《科技日報》，2021年9月13日，https://www.kepuchina.cn/more/202109/t20210913_3032859.shtml，最後訪問時間2023年8月4日。

大“熱詞”，在商標申請的整體數量上就會極為凸顯；

3.“全類”申請。商標註冊申請中，除需明確商標標識外，另一項重要的部分就是明確申請商標註冊使用的商品或服務。《類似商品和服務區分表》^[6]中總計收錄了45大類的商品和服務，它是作為商標申請人申請註冊類別的依據。“熱詞”商標申請往往具有“爭分奪秒”的意味，既要快速又要大量，因此在類別選擇上通常不做過多甄別，力求大而全。由此也就客觀上導致了近乎全類別的申請。

4.不同主體針對同一“熱詞”的集中申請。除了超級大“熱詞”成為不同申請主體的寵兒外，某些特殊群層的“熱詞”也得到不同主體的追捧，如“熱詞”後浪，是新時代青年的代名詞，更多是在青年群體圈被認可及傳播。但截止本文寫作，顯示已有630條有效的後浪及後浪XX申請商標資訊，涉及有近300個主體參與申請，超過500個商標是在“熱詞”後浪源出的視頻播放的次日提出申請的。^[7]

5.同一主體針對同一“熱詞”或不同“熱詞”集中申請註冊。這類主體通常是以商標申請註冊作為其主營業務，因此基於不同“熱詞”的來源或含義，有針對性的分別集中申請註冊，即可以是在同一時段提出申請，亦可以“避嫌”的相隔一段時間再行申請。

（二）“熱詞”商標現象存在的“基理”

1.“熱詞”為申請註冊“熱詞”商標提供了素材條件。

如前所述，“熱詞”的出現在語言學上具有其一定的合理性。中國大陸地區現行商標法（以下簡稱商標法）第八條規定，任何能夠將自然人、法人或者其他組織的商品與他人的商品區別開的標識，包括文字、圖形、字母、數字、三維標誌、顏色組合和聲音等，以及上述要素的組合，均可以作為商標申請註冊。從商標發展的歷史來看，起初的經營者願意選擇美好寓意的文字、圖形等要素作為其商品或服務的標識。因為這樣會帶給消費者其選擇的商品或接受的服務具有好品質的暗示。而隨著時間的推移，例如“上、好、佳”之類的市場經營者普遍認為適宜用作商標的文字、圖形等已幾乎被窮盡註冊。雖然中文有龐大的體量，但事實上“可商標的”文字資源卻是有限的。“熱詞”的繁榮，恰好為申請註冊商標提供了標識素材條件。

2.商標註冊制度本身並未對“熱詞”商標申請設限。

商標註冊申請必然需要經過審查，這裡所述的是對於以“熱詞”作為標識或其中的一部分提出申請，在商標法中並無限制。商標法實施條例第十三條規定，申請註冊商標時應當提交一份商標標識的圖樣。該規定同時明確了顏色組合商標、聲音商標、三維商標、集體商標、外文商標的特別要求，但對於商標圖樣中顯示的文字部分並未做其他規定。^[8]換句話說，無論一個“熱詞”在社會生活中被使用的頻率有多高，其熱度有多大，作為商標標識或其中一部分提出申請時，只是被看作文字、符號而已。

3.“熱詞”商標申請人的心態動因。

任何一種商業行為都是與利益相關的。

首先，“熱詞”商標申請人必然是將商標作為財產權來認知的。對於商標的保護，最初是從反欺詐、仿冒的侵權行為開始的。如欺詐行為成立，則由被控侵權人向商標權人賠償損失。在市場交易進

[6] 《類似商品和服務區分類表》是國家知識產權局根據世界知識產權組織提供的《商標註冊用商品和服務國際分類》（即尼斯分類）以及中國大陸地區自1988年11月1日起採用國際分類以來的使用實踐，並結合國情實際對商品和服務的類似群組及商品和服務的名稱進行翻譯，調整，增補和刪減而制訂的。該表亦隨著國際分類表的修訂定期作相應的調整。在中國大陸地區，申請商標註冊時，申請人應儘量按照《類似商品和服務區分表》中規範的商品名稱或服務專案進行填寫所需核准註冊的內容。

[7] 參見<http://sbj.cnipa.gov.cn/sbcx/>國家知識產權局商標局中國商標網，商標綜合查詢，最後訪問時間2022年3月6日。

[8] 參見《中華人民共和國商標法實施條例》（2014修訂）第十三條規定。

一步發展中，反欺詐對商標權人的利益保護愈發力不從心，因為商標權人要獲得賠償就要證明其商標已經具有一定的市場知名度。後經過多次博弈，終於在法國首先以立法的形式，確認了商標權系一項獨立的財產權。“熱詞”商標申請人不一定熟知商標法的發展史，但在其認知中一定存在商標是一種財產權的觀念，而財產權將會為其帶來利益。事實上，商事活動中的商標拍賣、商標標識巨額轉讓，以及馳名商標基於品牌效應所帶來的巨大經濟利益，均足以在感性上增強申請人的這種認知。

其次，基於前述對“熱詞”本身的分析，“熱詞”吸睛的特點不言而喻，加之這種符號資源的公共產品屬性，就會形成巨大的推動力，促使“熱詞”被申請註冊商標。此外，某些“熱詞”亦具有自身獨特優勢，如“熱詞”本身包含或指引某種優秀品質，比如逆行者，是時代英雄的代名詞，包含有堅毅、奉獻、無懼風險的品格。還有一些與“熱詞”相關的熱門事件、現象、人物，也會使人直接或間接聯想到某種優秀的品質，如洪荒之力、蘇炳添，都會帶給相關公眾力量、向上、積極的情緒態度。這些“熱詞”的自帶光芒，被商標申請人認為是可以有效節約成本並取得良好宣傳推廣效果的天然優勢。

三、“熱詞”商標的行政審查與司法審理

上述以“熱詞”申請商標的現象的“基理”，似乎給了人們一種“符合規律”“順應自然”的錯覺。但事實是否真的如此呢？

依據商標法的規定，申請人提出商標註冊申請後，需經國家知識產權局審查。審查通過後進行初審公告，審查不通過則申請被駁回。被駁回的申請，申請人可以提起複審以及相關的行政訴訟。初審公告期間，在先權利人、利害關係人以及任何主體依據相應的條款（不同主體所依據的相應條款有所不同）可以對被申請註冊的商標提出異議。針對異議申請的不同審查結果，異議人或商標申請人均有權提起複審以及相關的行政訴訟。初審公告期滿的商標，如不存在被異議或異議被駁回情形，則該商標被核准註冊並予以公告。已被核准註冊的商標，存在違反相關法律的情形，在先權利人、利害關係人以及任何主體（不同主體所依據的相應條款有所不同）均可對該商標提出無效請求。如理由成立，則該商標註冊無效。已被核准註冊的商標，如出現連續三年不使用等情形，任何主體亦可申請撤銷該商標的註冊。理論上而言，上述審查及審理程序是每一件申請商標都要經歷的，“熱詞”商標亦不能例外。從“熱詞”申請商標的“基理”看，謀取利益是申請人申請商標的原始動因，因此“熱詞”被成功核准註冊，並維持其註冊狀態而不被認定無效或撤銷，是商標申請人快速先占並取得實際效果的保障。否則，先占、大量先占、多類別大量先占均無法得到現實的“回饋”。

（一）“熱詞”商標的行政審查與司法審理以該商標的含義為審查、審理基礎

“熱詞”的新含義系相對於其字面含義而言。“熱詞”之所以會熱，是其背後所反映出的普遍的社會心理、社會現象所引起的時代共鳴，這也是“熱詞”新含義得以流行的社會依據。而“熱詞”新含義到底如何，身份認同、情感表達和內心確信“催生”了“熱詞”的來源、造詞法和引申義。例如“熱詞”巨嬰，用來指代自私、無規則意識、無道德感，超出預期即情緒失控，用非理性方式解決問題的成年人，相關公眾不會按字面意思去將其理解為巨大的嬰兒。再如“熱詞”內卷，其字面含義是向內捲曲，實際上它是一個社會學術語，大意是指社會文化模式發展過程中的停滯，而作為“熱詞”使用是用來指代非理性的內部競爭，類似於養蠱、互相傾軋之意。^[9]“熱詞”的新含義出現與

[9] <https://guoxue.baikē.so.com/query/view?type=phrase&title=%E5%86%85%E5%8D%B7>，最後訪問時間2022年3月6日。

其字面含義相分離的情形。當然，中文縮略語是一個特殊類別，因為就是縮略語，所以稱其有新含義較為牽強。某些“熱詞”除了本身新含義，還有一定的暗示或指引作用，例如Roblox給出的元宇宙包含八大要素：身份、朋友、沉浸感、低延遲、多元化、隨時隨地、經濟系統和文明。要素眾多，每個要素背後，還有一連串的解释。^[10] 這樣，一個“熱詞”的含義大體可以包含以下四個層面：字面含義、新含義、暗示內容以及指引意向，並且至少具備第一種、第二種層面，否則不會被傳播或是成為“熱詞”。

商標作為指引商品和服務來源的符號，其含義對於相關公眾的識別與記憶具有重要意義。因此，在商標的審查、審理中，標識的含義是一個重要的需要審查、審理的方面，並且標識的含義應以相關公眾的普遍認知為依據。雖然互聯網平台是“熱詞”的主要傳播路徑，中青年是其主要複製的群層。但網絡時代裡，互聯網已然成為了生活的一部分，甚至是重要部分，因此以網絡為傳播媒介的“熱詞”，可以說其新含義具有一定的普遍被知曉性。據此，以“熱詞”新含義作為商標審查、審理判斷的依據，並參考其暗示內容或指示意向，以確定相關公眾的認知，符合“熱詞”商標自身的特點。

（二）“熱詞”商標不得違反商標的顯著性原則

商標的本質在於標識與商品或服務之間的聯繫，離開了商品或服務的標識不具有商標的意義。商標的顯著性就是指其可以將此商品或服務的來源與彼商品或服務區別開來的特性，這種特性既與商品或服務不可分割，又與其本身的含義密切相連。缺乏顯著性的商標即便標注在商品或服務上，亦無法起到識別作用。並且該商標的申請註冊亦會影響、制約同業經營者正當使用有關文字、符號等進行正常的商業宣傳。比如“摩卡”是風味咖啡的一種，因此將其註冊於“咖啡，咖啡代用品，可可”商品上，相關公眾顯然只能將其識別為相關商品的風味、種類，而同業經營者在類似商品上標注“摩卡”字樣有可能導致商標侵權。“熱詞”商標亦然。例如“硬核”，譯自英語“hardcore”，出自說唱音樂和遊戲，硬核說唱表示為更具有力量感的音樂形式，熱情奔放猛烈強勁，而硬核遊戲則代表存在一定難度，作為“熱詞”通常被理解為一種很厲害、很酷、很彪悍、很剛硬的意思。鑒於“硬核”的這一含義，如其在“機器設備、電子設備、電腦軟體”等商品上申請註冊商標，存在直接表示商品的品質特點的情形，缺乏商標應具有的顯著識別性，故不應予以註冊，或已經註冊應該被予以無效。再如“舌尖上的中國”為中國中央電視臺出品的一部美食類紀錄片的名字，該節目主題圍繞中國人對美食和生活的美好追求，用具體人物故事串聯起講述了中國各地的美食生態。該“熱詞”明顯傳遞了中式餐飲美食的含義，如將其使用在“餐飲服務”上，則直接表達了服務的內容，因此亦不具有顯著性。

此外，如前所述，“熱詞”是指在一定時期及範圍內被極高頻率使用的詞語。一定時期及範圍體現了“熱詞”的時空性。因此，隨時間推移、範圍變化，“熱詞”存在的狀態也會有所改變。一個方向，源於某些熱門事件、現象、人物的“熱詞”的使用頻率可能會出現大大降低，熱度不再；另一個方向，一些“熱詞”由於與社會心理、時代特徵高度共鳴，又極其貼近相關公眾的日常生活，成為了普遍被使用的交流用語，如“套路”，一般多指某人做事有所欺瞞或有極具實際經驗的處事方法，從而形成了一類行為模式。同理的還有“拼爹”“高大上”“賣萌”“996”“土豪”“C位”“我想靜靜”，已經廣泛傳播成為了日常交流的常用詞語，因此難以起到標示商品或服務來源的作用，也屬於缺乏顯著性的情形，不應被核准註冊，或應予以無效。

（三）“熱詞”商標不得具有不良的社會影響

商標不應具有不良的社會影響，這是商標法普遍的制度規則，其根本原因在於對社會公共利益、

[10] <https://baike.so.com/doc/30093459-31714439.html>，最後訪問時間2022年3月6日。

公共秩序的維護。“熱詞”商標基於“熱詞”使用的高頻率，天然自帶社會關注度高的特性，當其作為商標使用在商品或服務上時，其含義亦具有極高的識別度。

從“熱詞”的來源、造詞法和引申義加以考察，一些“熱詞”本身並無任何不良社會影響，相反其所蘊含的隱喻、象徵和轉義具有積極的社會意義和價值導向，彰顯了時代精神風貌、主流話語標準，比如反映積極抗疫，由主流媒體創造的“熱詞”健康碼、雲監工、逆行者、雙迴圈等，還有不忘初心、擡起袖子加油幹、新時代等。但這些“熱詞”均源自國家層面，涉及國家的政治、經濟、政策、舉措、行為、理念，與國家利益、整體社會利益高度相聯結，因此其作為商標使用會產生不良的社會影響。例如以方艙醫院名稱火神山、雷神山申請註冊的商標，均未得到核准註冊。

另一部分“熱詞”在轉義過程中雖具有很高的創造性，但同時也具有強烈的叛逆性、戲謔性，“熱詞”中充斥著“喪”情緒、防禦性悲觀、娛樂至上、無病呻吟及情感的過度宣洩。比如有錢就是任性、吃瓜群眾、網抑雲、耗子尾汁、碉堡了、好基友、人間不值得。雖然帶著自嘲、調侃及諷刺的意味，但其淡漠公德、對抗主流傳統觀念，作為商標使用具有負面的價值觀、道德觀，會影響社會的良好風氣，有害於道德風尚。

當然，“熱詞”從出現到一定範圍內高頻使用，具有一定固定的使用群層。相關公眾是商標標識識別與記憶的主體，“熱詞”的使用流行範圍是否等同於商標的普通相關公眾確實是一個值得思考的問題。比如“舔狗”新含義是指那些在感情生活中明知道對方不喜歡自己，卻不顧一切去討好對方的人，又生怕自己做錯什麼會惹對方不開心；而“屌絲”最顯著的特徵是窮；“坑爹”是“坑人”、“怎麼會這樣”等意思，用於形容和原本想法出入很大的情況，吐槽不滿。這些新含義顯然與其字面含義的低俗、貶損、格調不高存在差異。通常而言，文字商標的直接含義即為其字面含義，這是普通消費者對商標這種符號的本能的識別力。因此，針對此類“熱詞”商標是否具有不良影響的判斷，確實存在一個度的把握的問題，即“熱詞”新含義的普遍程度和相關公眾的認知程度。

（四）不以使用為目的的惡意註冊、不正當手段取得註冊“熱詞”商標應當予以制止

“熱詞”商標的不以使用為目的的惡意註冊、不正當手段取得註冊也是一般商標搶注與囤積問題中的一個重要方面。商標搶注與囤積是伴隨著商標制度而生的一種“反生態”情形，表現為圍繞他人未註冊商標、他人已註冊但非同類別商標、他人知名商標，非以使用為目的的搶先註冊、大量囤積。“熱詞”商標的搶注與囤積符合一般商標的搶注與囤積的要件，亦具有其自身的特點：一是搶先申請。一般商標雖然也存在“搶先一步”註冊的情形，其“搶先”往往是相對於利害關係人而言。而“熱詞”商標往往是熱門事件發生同時或之後的第一時間提出申請，其“搶先”在於搶先全部潛在的商標申請人；二是集中申請。一般商標的囤積雖然不排除有集中一日、一月之內集中申請若干商標的情形，但整體而言，還是具有明顯的持續性的，即商標的囤積非短期內實現。而“熱詞”商標卻是集中在某一時段進行申請，某些申請主體甚至是為了申請“熱詞”商標而剛剛註冊成立的。

商標法第四條是2019年修訂中的一條，新增了“不以使用為目的的惡意商標註冊申請，應當予以駁回”的規定。同時本條也被增加作為商標異議申請及無效請求的理由。該條的立法目的是制止非以使用為目的的商標註冊申請，這裡的“惡意”二字主要是相對於防禦商標這一“非惡意”而言的。商標申請註冊是否系以使用為目的，是一個事實判斷的問題。在申請階段主要事實判斷是使用意圖，而在異議及無效階段的事實判斷則更多是商標是否已經投入使用。因為商標核准註冊前，申請人並無使用義務，故一般只根據商標申請人的經營範圍、經營規模、申請註冊商標的數量和類別（可考慮關聯主體的情況）、行為方式（有無被認定構成惡意註冊、有無故意侵犯他人商標權等的記錄）等因素考

察申請人的使用意圖。商標申請人可以在被認定“不以使用為目的惡意申請時”，提交證據予以反駁，既可包括已投入實際使用的證據，也可包括意圖使用的證據，如必要的準備、意圖使用的合理計劃等等。^[11]然而，“熱詞”商標申請人跟隨“熱詞”現象迅速反應、快速申請的特點恰恰使其很難提供反證。比如2021年才是“元宇宙”商業運作的元年，^[12]而“元宇宙”商標在2021年3月就第一次被提出申請，^[13]很難說明申請人在短短的時間內就已經在眾多類別上具有了商標使用意圖。

商標法第四十四條第一款規定，已經註冊的商標，是以欺騙手段或者其他不正當手段取得註冊的，由商標局宣告該註冊商標無效；其他單位或者個人可以請求商標評審委員會宣告該註冊商標無效。其立法目的是，該行為已超出正常生產經營需要，且未提供證據證明申請註冊商標的實際需求，亦未做出合理解釋，故該行為擾亂了正常商標註冊管理秩序。在無第四條新增內容的情形下，對於不以使用為目的的惡意商標註冊行為由本條款來規制，但鑒於本條款是針對已經註冊的商標，故其對於申請駁回階段及異議階段的商標均屬於參照適用。其主要原因在於，首先，在商標駁回或異議案件中，對於囤積商標或者搶注行為，並無其他適當條款可以適用；其次，如果在上述程序中不予規制，而是留到無效階段再解決，只會製造更多的無效註冊商標，社會效果較差。當然上述的類推適用，雖然在行政審查和司法審判中達成了共識，但囿於法條在字面上有“已經註冊的商標”的限定，故一直存在質疑的聲音。現商標法第四條新增加了內容，第四十四條第一款應回歸其字面限定，僅適用於已經註冊的商標，不再類推適用至申請註冊階段的商標。但也有一些難以處理的情況存在。如訴爭商標（被異議商標）不屬於“不以使用為目的的惡意商標註冊申請”，但屬於“以其他不正當手段取得註冊”的情況（比如雖然是以不正當手段取得註冊但已經投入使用或能夠證明使用意圖，這裡預設的前提是難以認定違反商標法其他條款），這類情形難以認定違反商標法第四條，如果也不能納入第四十四條第一款進行調整，就只能等待商標註冊後再啟動無效程序。^[14]

以上所述是“熱詞”商標在行政審查和司法審理中主要涉及的問題。當然，“熱詞”商標還有可能針對其核定使用的商品或服務具有欺騙性，以及核准註冊後三年內無正當理由不使用被撤銷。此外，申請註冊“熱詞”商標還會涉及他人的在先權利，如姓名權、他人在先的商標權。姓名權比較好理解。他人在先的商標權是指，商標法規定商標申請註冊實行先申請制度，即相同近似商標在相同或類似商品或服務上的申請，只授權於最先申請人。因此，很多在後申請人就需要在申請商品或服務類別中劃掉已有其他人申請過的類別。以“熱詞”女漢子為例，是指個性豪爽、不拘小節、不怕吃苦的一類女生。因在先商標申請類別的阻擋，同日申請中需要補充證明、協商、抽籤，才能獲得申請權。^[15]

另外，商標法各條款在適用中還存在體系與邏輯關係，也不乏某些“熱詞”商標可以同時適用兩個以上的法律規範。

四、對“熱詞”商標的法理思考

商標法律規範的林林總總，對“熱詞”商標從不同角度進行著檢視。理論上講，“熱詞”商標在

[11] 參見<https://baike.so.com/doc/30093459-31714439.html>，最後訪問時間2022年3月6日。

[12] 參見<http://sbj.cnipa.gov.cn/sbcx/>國家知識產局商標局中國商標網，商標綜合查詢，最後訪問時間2022年3月6日。

[13] 周麗婷：《新商標法背景下部分商標註冊絕對條款的適用》，載《中華商標》2020年第12期，第49頁。

[14] 周麗婷：《新商標法背景下部分商標註冊絕對條款的適用》，載《中華商標》2020年第12期，第49頁。

[15] 魏江麗：《簡析商標註冊中的網路熱詞》，載《中華商標》2021年第1期，第38頁。

申請註冊中存在適用所有駁回、異議及無效的理由。但是否我們在處理“熱詞”商標的問題上，規範地適用相關觸發條款既足以表達對其申請註冊行為的態度？不同法條均有其立法價值與目的所在，由此帶來其適用範圍的不同。那麼，在同一條款的適用中，對“熱詞”商標的審查與審理是否還存在有別於其他商標的被規制的深層緣由？退一步講，事實上，確實也存在一定數量像“女漢子”這樣的“熱詞”被申請並核准註冊（既不缺乏商標的顯著性，亦無不良影響、先商標類別的阻擋，也不存在非使用目的的惡意註冊情形）。那麼，對於沒有觸發任何具體商標法律規範的“熱詞”商標，我們是否就應該採取肯定的態度？在“熱詞”商標背後，是否還存在某些根本性的問題需要進一步澄清？

（一）商標標識的獨特性並非商標的顯著性

顯著性是商標法律制度中的專有法律概念。商標法律制度中還有一個概念叫識別性。有學者認為，能夠將不同企業來源的商品或服務相區別的這一特性就是商標的顯著性，又稱作商標的區別性或識別性。^[16]也有學者認為，顯著性又稱獨特性，是指商標自身的特異性，即某一商標與其他商標等商業標誌相區別的特性。^[17]筆者認為，商標是標示商品或服務來源的符號，因此不可脫離商品或服務去討論商標的特性，而必須以商標同商品或服務相結合的角度進行分析。任何不能將商品或服務來源進行區分的商標都不具有顯著性，具有顯著性的符號才能將商品或服務來源向區分。因此，顯著性與識別性是一個問題的兩個方面，它們可以作為同義語使用，只是使用時所占的角度不同。顯著性的立足點在於商標標識本身，識別性則在於商標功能本身。

獨特性並不是商標法律制度中的專有法律概念，在漢語表達中獨特性與顯著性的含義十分相近，並且具有獨特性的事物必然會在同類中脫穎而出、或顯而易見。但商標標識的獨特性僅是針對識別符號本身而言。“熱詞”商標的最大特徵便是吸睛，這是其自身特點所決定的，使它本身具有獨特性。但獨特性僅可使“熱詞”商標標識“有效”的區別於其他標識，即僅為識別符號之間的脫穎而出、或顯而易見。在不與商品或服務相結合的情況下，是無法論及顯著性的。而某些“熱詞”商標在核定商品或服務上使用，直接表述了商品或服務本身的特性，因此基於沒有識別性而不具有顯著性。故“熱詞”商標標識的獨特性並非商標的顯著性。

（二）商標的財產價值在於壟斷性權利保障下的標識與商品或服務之間的聯繫

商標法意義上的商標的構成要素並非只為標識本身，而是指標識、商品或服務及其提供者之間的聯繫。相關公眾通過標識的識別與記憶，得到對商品或服務提供者的指引。商品或服務提供者通過宣傳、使用標識，強化其與商品或服務以及標識之間的聯繫。這是商標核心功能實現的路徑，也是商標持有人獲得收益的根本。為了進一步實現和鞏固商標這一財產價值，商標持有人就必須針對強化標識、商品或服務、提供者三者之間聯繫，進行不斷的投入。他人在同種或類似商品上使用相同或近似的商標，使標識對提供者的指引出現偏差，實則系他人利用了商標持有人的這種“特定”聯繫；他人在不相同或不類似的商品上使用相同或近似的馳名商標，使“特定”聯繫薄弱、淡化，實則系他人破壞了商標持有人的這種“特定”聯繫。為了確保商標持有人這種投入不落空，就要給予商標持有人針對標識具有一定範圍的壟斷權。這也是商標作為財產權存在的依據。在商標持有人享有壟斷權後，壟斷權既可以作為“特定”聯繫這種財產價值實現的保障，亦可通過市場交易實現財產價值，如商標轉

[16] 陶鑫良：《後發使用顯著性商標的法律保護探析》，載《入世後知識產權法律服務研討會暨全國律協知產委2002年會論文彙編》，第125頁。

[17] 劉曉軍：《商標淡化的侵害物件研究》，載《知識產權》2002年第1期，第24頁。

讓、許可使用等。

（三）“熱詞”商標申請註冊在於其標識的符號價值，而非商標的價值

誠然，也存在申請“熱詞”商標確實是以作為商標使用之目的的情形，但我們這裡討論的是從整體而言“熱詞”商標申請註冊的價值需求。“熱詞”商標的落腳點恰恰不在於商標的價值，而在於識別符號本身的價值。商標識別符號本身是否有價值？答案當然是肯定的，不然為何某些市場主體斥資設計企業的一系列商標。但識別符號本身的價值與商標的價值卻存在根本的不同。可能某些識別符號也可以構成其他知識產權客體，如著作權中的美術作品、書法作品，但其價值仍僅限於其本身，相當於是創作完成該作品的對價。“熱詞”商標的申請人正式看到了“熱詞”本身基於社會認同、文化徵候及時代色彩所濃縮的獨特價值，並藉以法律規範實現對這一符號價值的壟斷。

（四）“熱詞”商標的申請註冊以破壞商標應然的識別功能為手段牟利，妨礙公平的市場競爭，有悖誠實信用原則

僅有獨特性而沒有顯著性的“熱詞”商標必然不會產生商標價值，同時，“熱詞”商標申請人更多以對“熱詞”符號本身的價值壟斷而非商標價值為其追求目標。從這一視角看，“熱詞”商標與其申請人自身利益和需求是完全符合邏輯的。但當“熱詞”被核准註冊成商標，其不再限於情感認同、文化表達和內心確信的語言符號，而超出了原有的使用範圍，實現了新身份的轉換。商標作為一項知識產權，具有其自身的功能與價值，商標法律制度亦具有其正當性的基礎，這些是“熱詞”商標所不能承擔的。“熱詞”商標的申請註冊以破壞商標應然的識別功能為手段牟利，妨礙公平的市場競爭，有悖誠實信用原則，也是商標制度所不能接受的。

第一，誠實信用原則是私法中的“帝王條款”，該原則要求市場主體在追求自己的利益時，要以不損害其他競爭者，不損害社會公益和道德秩序為前提。^[18]自羅馬法以來，善意這個概念就已經被用作突破法律形式主義局限的手段。近現代法典化運動，歐美亞非各地民法典及單行立法均將善意作為概念工具延續羅馬法的制度與法律方法。知識產權法適用民法的這一基本原則。在理論上，善意有主、客觀之分，中國大陸地區民法學承繼德國法將主觀的*guter glaube*翻譯為善意，客觀的*treu und glauben*翻譯為誠實信用。雖然善意的二分理論在學界目前仍有需要澄清的問題，但該理論在某些法域轉化為法律規則時可以得到印證。^[19]在商標法的立法中也存在將善意設為一般條款的情形。商標法第七條第一款規定：申請註冊和使用商標，應當遵循誠實信用原則。但商標法在商標駁回、異議、無效所依據的具體理由（法律條款）中並沒有規定該條款。這進一步說明了，在商標法的邏輯體系中，存在一般與特殊的法律規範層級，誠實信用原則是一項基本原則，應貫穿於商標的審理、審查以及管理的始終。

第二，商標法律制度正當性的基礎之一是保障公平的市場競爭。與其他知識產權不同，商標的意義並非為人類創造價值增值，而是通過其識別功能對社會財富進行再分配。由商標指引社會財富流向那些“特定”聯繫緊密的商主體。也許有人會就此質疑商標對市場公平競爭的貢獻。事實上，正是由於存在商標制度，商標權人才能放心的投入大量的經營成本，樹立良好的商譽，相關公眾按照商標的指引完成消費行為，商標權人利用商譽最終獲得競爭利潤。如果沒有商標保護制度，其他競爭者可以任意使用商標，商標權人投入的大量經營成本就存在無法回報的風險，這對商標權人顯然是不公平

[18] 梁慧星：《民法解釋學》，中國政法大學出版社2000年版，第298-299頁。

[19] 參見唐曉晴：《善意原則與權利濫用》，載《澳門大學法學院學報》第44期，第15-27頁。

的。商標法律制度正當性的基礎之一就是防止有損同業經營者、社會公益和道德秩序的行為出現，確保在市場競爭中，每一個市場主體都有平等的參與市場競爭的權利。^[20]公平的市場競爭秩序，商主體均有善良義務對其進行維護，而不應破壞。自覺維護商標保護制度，是商主體維護公平市場競爭的一個重要方面。

第三，“熱詞”商標的申請註冊將破壞商標應然的識別功能。當“熱詞”商標申請人轉讓、許可使用商標，“熱詞”商標持有人作為市場主體參與到競爭中時，就會自然出現一種現象，即“熱詞”本身對消費者產生極大的吸引力，並由此可能作出消費決策。然而，這並不是“熱詞”商標的識別功能所指引的消費行為。進一步講，“熱詞”註冊在哪類商品或服務上就會吸引其相關公眾的注意力，而該類商品或服務的同業經營者就會因消費轉移而使對“特定”聯繫的投入，無法得到回報。同業經營者是通過標識、商品或服務及其自身的聯繫推動經營的，而“熱詞”的闖入則不需要，其僅憑符號本身既可以實現消費策略的遷移。“熱詞”商標申請人基於轉讓、使用、許可使用攫取了同業經營者本應通過“特定”聯繫的投入而應得的回報。因此，“熱詞”商標的出現必然破壞以公平競爭為目標的商標識別生態環境，損害市場經濟誠信體系。

Abstract: This paper takes “hot word” trademark as the research object, analyzes the phenomenon of “hot word”, the application and motivation of “hot word” trademark, and expounds that the examination of “hot word” trademark should be based on the meaning of trademark, should not violate the principle of trademark significance, should not have bad social influence, and should be said NO to the trademark registration of “hot word” which is not for the purpose of using. On this basis, the author proposes that even if the “hot word” trademark does not trigger any specific trademark legal norms, the registration and examination should be cautious. The uniqueness of the “hot word” trademark is not equal to the distinctiveness of the trademark. The “hot word” trademark lacking distinctiveness will not produce trademark value, and its application for registration will destroy the recognition function of the trademark, which impedes fair competition and violates the principle of good faith.

Key words: Hot Words; Hot Words Trademark; Trademark Examination; Significance; Recognition Function

（責任編輯：勾健穎）

[20] 參見鄭其斌：《論商標權的本質》，人民法院出版社2009年版，第67-68頁。