

# 论商标使用行为的界定

## ——以“非诚勿扰”案为例

朱小练

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年4月7日；录用日期：2023年5月24日；发布日期：2023年5月31日

### 摘要

商标使用行为是指商标使用者以指示商品或服务来源为目的而在商业活动中使用商标的行为。认定商标使用行为需从主体要件、主观要件、客观要件三方面出发，同时商标使用行为还需排除描述性使用、说明性使用等非商标性使用行为。基于此分析，江苏电视台对“非诚勿扰”文字进行名称性使用属于非商标性使用行为，而对“非诚勿扰”标识的使用是取得和维护商标中的商标使用行为，不属于商标侵权中的商标使用行为。

### 关键词

商标侵权，商标使用行为，非商标性使用，非诚勿扰案

# On the Definition of Trademark Use Behavior

## —Taking the Case of “If You Are the One” as an Example

Xiaolian Zhu

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Apr. 7<sup>th</sup>, 2023; accepted: May 24<sup>th</sup>, 2023; published: May 31<sup>st</sup>, 2023

### Abstract

Trademark use behavior refers to the behavior that trademark users use trademarks in business activities for the purpose of indicating the source of goods or services. To determine the use of trademarks, it is necessary to proceed from three aspects: the main elements, the subjective elements, and the objective elements. At the same time, the use of trademarks also needs to exclude the beha-

vivors of descriptive use, illustrative use and other non-trademark use. Based on this analysis, Jiangsu TV station's use of "If you are the one" pure text on the name belongs to the non-trademark use behavior, while the use of "If you are the one" logo belongs to the trademark use behavior in obtaining and maintaining the trademark, not the trademark use behavior in trademark infringement.

## Keywords

Trademark Infringement, Trademark Use Behavior, Non-Trademark Use, "Do Not Disturb If You Are Not Sincere" Cases

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. “非诚勿扰”案触发对商标使用行为的思考

《非诚勿扰》案是我国知识产权发展史上最有影响力的商标大战之一。尤其是二审法院判决书一经公布，舆论鼎沸。抛开《非诚勿扰》节目的影响力，该案涉及了许多法律层面的问题，如商标使用行为的界定、相同或相似商标的判定、多重属性服务类别的判定、反向混淆等问题。其中，商标使用行为既是判定本案商标侵权的逻辑起点，也是本案主要的争议焦点之一。因此，本文以《非诚勿扰》案为切入点，试图对商标使用行为做简要分析和界定。

### 1.1. 案件起因

#### 1.1.1. 《非诚勿扰》案之缘由

2008年12月18日，由华谊兄弟传媒股份有限公司(以下简称“华谊兄弟”)等多家单位出品的电影《非诚勿扰》在全国公映。在影片上映前，制片方通过电影海报对该影片进行了广泛宣传，海报中“非诚勿扰”名称设计体现了别具一格的特色。2009年2月，金阿欢向商标局申请注册了“非诚勿扰”商标。次年9月，商标局依法第45类婚姻介绍所、交友服务等类别上核准注册了金阿欢申请的商标。同年1月，由江苏电视广播总台(以下简称“江苏电视台”)制作的《非诚勿扰》电视节目在江苏卫视开始播出，并在市场上引起了强烈的反响。2013年2月，金阿欢以江苏电视台侵权其商标权为由，将江苏电视台和珍爱网公司诉至广东省深圳市南山区法院<sup>1</sup>。

#### 1.1.2. 《非诚勿扰》案之涉案标识

在《非诚勿扰》案中，涉案商标与相关标识有四个。其中，第一个是电影《非诚勿扰》海报。电影海报将经过艺术加工处理的“非诚勿扰”四字用作电影名称。电影海报中署名编剧/导演冯小刚，美术指导石海鹰，并有“2008华谊兄弟传媒股份有限公司 Media Asia Films (BVI) Ltd. 版权所有寰亚电影”标识。第二个是华谊兄弟于2008年11月20日申请注册的“非诚勿扰”商标，其注册号为7068059。该商标图案系电影海报组成部分的中文“非诚勿扰”与英文“If you are the one”组合而成，分上下两行排列，“非”字在上，“诚勿扰”三字在中间，英文在最下面。其中，“诚”与“扰”使用汉字繁体字，“勿”字使用稍小字体，涉案“非诚勿扰”整体排列错落有致。“非”字下部使用心形图案与第二行首字“诚”相连，“诚”字“言”部首中的“、”笔画构成由心形图案代替。第三个是金阿欢于2009年2月16日

<sup>1</sup> 参见广东省深圳市南山区人民法院(2013)深南法知民初字第208号民事判决。

申请注册的“非诚勿扰”商标，其注册号为 7199523。该商标图案与华谊兄弟申请注册的商标图案设计几乎完全相同，仅是缺少了英文“If you are the one”。第四个是江苏电视台的节目标识，与华谊兄弟和金阿欢的商标相比，该标识还设计了一堵由“非诚勿扰”四字支撑或许象征着男人或者依靠的墙和一个倚墙而立女人的形象。

## 1.2. 审判历程

### 1.2.1. 《非诚勿扰》案之一审判决

2014 年 12 月，深圳市南山区人民法院一审判决指出，江苏电视台、珍爱网公司是否侵犯金阿欢的“非诚勿扰”商标专用权是本案的主要争议焦点。首先，江苏电视台使用“非诚勿扰”是商标使用行为。其主要理由是：“非诚勿扰”不仅是江苏台电视节目的名称，也是一种商标。倘若不承认“非诚勿扰”名称具有标识服务来源的作用，这与大量节目名称被注册为商标、江苏电视台在该节目中反复突出显示“非诚勿扰”并进行广告招商等客观事实不相符。故江苏电视台使用“非诚勿扰”是商标使用行为。但是由于金阿欢所注册的“非诚勿扰”与江苏电视台的“非诚勿扰”标识属于不同类别服务，因此不构成商标侵权。<sup>2</sup>金阿欢因不服一审判决，向深圳市中级人民法院(以下简称“深圳中院”)提起上诉。

### 1.2.2. 《非诚勿扰》案之二审判决

2015 年 12 月 11 日，深圳中院二审判决认为侵害商标权纠纷是本案的争议焦点。由于上诉人和被上诉人对江苏电视台使用“非诚勿扰”是商标使用行为的结论无异议，因此二审法院直接认同了该观点，且未对此进行阐述。另外，二审法院认为：从江苏电视台的《非诚勿扰》节目服务的形式、内容、对象、目的等判定，均是提供征婚、相亲的服务，与金阿欢第 7199523 号“非诚勿扰”商标注册证上核定的服务项目“交友、婚姻介绍”相同，故江苏电视台构成商标侵权。<sup>3</sup>江苏电视台不服深圳中院二审判决，以江苏电视台和珍爱网公司对于“非诚勿扰”标识的使用不属于商标使用行为、所使用的服务类别与涉案注册商标核定使用的第 45 类并不相同或类似，不侵犯金阿欢注册商标权等再审申请理由向广东高院申请再审。<sup>4</sup>

### 1.2.3. 《非诚勿扰》案之再审判决

2016 年 11 月 15 日，广东省高级人民法院再审了江苏电视台《非诚勿扰》商标侵权案。关于江苏电视台是否为商标使用行为的争议焦点，广东高院在判决中认为江苏电视台对“非诚勿扰”标识的使用系商标使用行为。其理由主要是：尽管《非诚勿扰》原本只是江苏电视台为了使其台下众多电视栏目得到有效区分而设置的节目名称，然而就本案来说，江苏电视台对被诉标识的使用行为，已不再是简单地概括《非诚勿扰》节目内容，而是大量地、重复多次地在商业活动中单独使用或突出使用，已明显超出对节目进行描述性使用所必需的范围，达到了识别商品或服务的作用。因此，江苏电视台使用“非诚勿扰”的标识属于商标使用行为。关于江苏电视台是否侵害了金阿欢商标权的争议焦点，广东高院认为虽然被诉“非诚勿扰”标识与金阿欢的商标在客观要件上相似，但由于两者系在不同的服务类别中使用，而且也不会引起相关公众的混淆误认，故江苏电视台在电视节目上使用被诉“非诚勿扰”标识，并不构成对金阿欢涉案注册商标的侵权。关于珍爱网公司与江苏电视台是否构成共同侵权争议焦点，广东高院认为由于已经判定江苏电视台的行为不属于商标侵权行为，故金阿欢关于珍爱网公司对于江苏电视台《非诚勿扰》节目开展的协助行为便不构成共同侵权。<sup>5</sup>

<sup>2</sup> 参见广东省深圳市南山区人民法院(2013)深南法知民初字第 208 号民事判决。

<sup>3</sup> 参见广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法知民初字第 927 号民事判决。

<sup>4</sup> 参见广东省高级人民法院(2016)粤民再 447 号民事判决。

### 1.3. 判决结果

#### 1.3.1. 《非诚勿扰》案之结果

从 2013 年金阿欢以侵害其商标专用权为由将江苏电视台诉至深圳市南山区人民法院拉开序幕，到 2016 年 12 月广东高院作出撤销二审判决、维持一审判决的再审生效判决。历时 3 年，《非诚勿扰》案最终以江苏电视台不构成商标侵权落下帷幕。

#### 1.3.2. 《非诚勿扰》案之评价

从“非诚勿扰”案三次的判决中，笔者发现尽管江苏电视台提出了“非商标性使用”的抗辩，但不管是一审法院、二审法院还是再审法院，均一致认为江苏电视台对被诉标识的使用属于“商标使用行为”。究其原因，主要是“非诚勿扰”不仅是江苏台电视节目的名称，也是一种商标。也就是说一审法院的观点认为不管《非诚勿扰》节目是否有知名度，也不管江苏电视台如何使用，只要将“非诚勿扰”作为节目的名称，即是一种识别服务来源的“商标使用行为”。二审判决对此表示认同。笔者认为该判决理由不符合逻辑。首先，把节目名称注册为商标，只是表明节目名称可作为商标使用，却不能证明节目名称一定是商标，亦不能推出对节目的使用一定构成商标使用行为。就像有很多公司将电影名称注册为商标，但却不能自动认定所有的电影名称为商标一样<sup>[1]</sup>。故法院的判决论证明显不当。

#### 1.3.3. 《非诚勿扰》案之思考

在《非诚勿扰》案中，法院在对江苏电视台构成商标使用行为的论证时只做了一个概括性的抽象论述，并未进一步对江苏电视台具体使用行为进行分类论证。笔者认为虽然这种复杂问题简单化的论证方式反映了法官内心的一种确信<sup>[2]</sup>，但却不够精细、准确和具有说服力。尤其是一审法院认为，如果不承认“非诚勿扰”的节目名称具有识别服务来源的作用，将与江苏电视台在该节目播放中反复突出使用“非诚勿扰”并且进行广告宣传和招商引资等客观事实不符。<sup>6</sup>但事实是江苏电视台在《非诚勿扰》节目播放中多次显示的是图文结合的“非诚勿扰”标识，而并非纯文字、无图案的节目名称。法院在此实际上是将节目标识混淆为了节目名称<sup>[1]</sup>。因此，笔者认为应当对“节目标识”和“节目名称”两个使用对象加以区分，并试图对这两类情形究竟是否构成商标使用行为进行剖析。

## 2. 商标使用行为的概念

“商标使用行为”这一概念虽然在我国理论界和审判实践中有多种表述方式，如“商标的使用”、“商标性使用”、“作为商标进行使用”、“商标法意义上的使用方式”等，但不难发现这些表述与本文所讨论的“商标使用行为”这一概念所表达的意思大同小异。因此，本文为行文方便，逻辑统一，皆采用“商标使用行为”这一表达方式。

### 2.1. 商标使用行为的定义

目前，我国学者关于“商标使用行为”概念的理论界定主要存在三种方式。其分别是直接定义法、概况要点法、反向界定法。本文将对各种方法结合起来使用，使其优势互补，以期更全面地对“商标使用行为”进行界定。

#### 2.1.1. 直接定义法

直接定义法指直接概括界定商标使用行为的内涵。如我国学者王莲峰教授提出：“商标使用行为是指商标使用者在商业活动中连续和真实使用，使该商标得以区分商品或服务来源为目的的使用”<sup>[3]</sup>。同

<sup>5</sup> 参见广东省高级人民法院(2016)粤民再 447 号民事判决。

<sup>6</sup> 参见广东省深圳市南山区人民法院(2013)深南法知民初字第 208 号民事判决。

时，文学博士也指出：“商标使用行为是指将符号用于商业活动中并起到区分商品来源的作用”[4]。该种定义方法简洁明了，可使读者对“商标使用行为”这一概念一目了然。但同时其缺点也很明显，即仅能表述“商标使用行为”最基础、最浅显的意思，无法让读者理解“商标使用行为”更深刻的含义。

### 2.1.2. 概况要点法

概况要点法是指间接从构成商标使用行为的要件、因素、目的等各个方面概括出其应包含的基本要素，而不直接对商标使用行为进行定义的方法[5]。如祝建军学者总结出了商标使用行为的基本条件为：“第一，必须将标识用于商业活动中；第二，连续、真实使用标识；第三，可以达到识别商品或服务来源的目的”[6]。还有黄宝勇学者认为商标使用行为的要求应包括：第一，公开使用；第二，以商业为目的；第三，属于商标功能性的使用[7]。该种定义方法将“商标使用行为”的内涵较为全面的、系统的表述出来，更有助于读者对“商标使用的行为”的判定。但其由于内容较多，没有对“商标使用行为”的定义进行统一抽象的概括，不利于读者对“商标使用行为”的整体性认识。

### 2.1.3. 反向界定法

反向界定法是指不直接从正面解释商标使用行为的内涵，而是从反面对“非商标性使用”行为进行列举以划定商标使用行为的范畴的方式。如张德芬学者认为“非商标性使用”包括商标符号的合理使用、新闻报道和评论中使用商标符号以及伪造、擅自制造他人的商标标识等六种具体行为。[8]此种方法更为清晰的划定了“商标使用行为”的范畴，但仅从反面进行定义具有片面性，应当与正面界定“商标使用行为”的方法结合使用。

综合上述各种方法，不难发现每种定义方式都各有优缺点。本文在《商标法》第48条的规定的规定的基础上，并采用结合了直接定义法、概况要点法、反向界定法相结合的方法对“商标使用行为”进行以下界定。商标使用行为是指商标使用主体以指示商品或服务来源为目的而在商业活动中对商标进行使用的行为。构成商标使用行为需满足以下判定以标准：第一，商标使用行为的主体系商标使用者；第二，商标使用者具有标明识别来源的主观意图；第三，商标必须是商标使用行为的对象；第四，商标使用行为用于商业活动之中；第五，商标使用行为必须达到识别来源的效果；第六，必须排除描述性使用、说明性使用等非商标性使用行为。

## 2.2. 商标使用行为的性质

在商标领域内，关于商标使用行为是否系认定商标侵权的一个构成要件一直处于争议之中，不过由于在我国司法实践中大部分包括《非诚勿扰》案的商标侵权案件中，法院一般遵从“侵权中的商标使用行为 + 相同商标或相似商标 + 混淆可能性”的判断路径(详见表1)。故本文比较赞同商标侵权行为首先必须是商标使用行为的观点，即商标侵权的判定应当首先对被诉侵权人的行为是否系商标使用行为进行认定。

**Table 1.** The constituent elements of infringing the exclusive right to use a registered trademark

**表 1.** 侵犯注册商标专用权的构成要素

		认定商标侵权的必要条件	
		属于商标使用行为	
注册商标	涉案标识	与其他主体注册的商标相同或近似	
		与注册商标所指向的商品、服务相同或近似	
		造成一般消费者产生混淆	
		侵犯注册商标专用权	

## 2.3. 商标使用行为的分类

根据我国商标使用行为的不同情景, 商标使用行为分为取得商标使用行为, 维持商标使用行为、侵权商标使用行为。其中, 取得商标使用行为主要是指特定的人对其商标依法申请并经商标局核准注册从而获得商标权的行为或者通过长期反复使用某个具备显著性的标识并使该标识具有识别商品或服务来源作用从而取得如同注册商标一样的保护效果的行为。维持商标使用行为是指商标权人在获得商标权后为维护商标权或者扩大商标权的保护范围和力度而积极持续使用其商标的行为。侵权商标使用行为一般是指侵权人未经商标权人的同意擅自使用他人商标或近似商标使消费者混淆商品或服务识别来源的行为。

## 3. 商标使用行为的判定标准

虽然从我国《商标法》第 48 条的规定来看, 我国目前对于商标使用行为的界定是很周至无误的, 但在司法实践的具体适用过程中仍然困难重重, 需要进行系统的和融贯的阐释[9]。因此, 下文将从商标使用行为的主体要件、主观要件、客观要件、非商标性使用行为等方面逐一展开分析, 以便实践中更好地明晰商标使用行为的判断标准。

### 3.1. 商标使用行为的主体与主观要件

#### 3.1.1. 商标使用行为的主体要件

判断是否构成“商标使用行为”, 还需考虑是“谁”将商标用于特定媒介、用于识别商品来源。这里的“谁”是商标使用主体, 即商标使用者。我国《商标法》规定的“商标的使用”定义虽然省略了商标使用行为的主体, 但“将商标用于商品上”、“用于识别商品来源的行为”的主体显然是商标的使用主体。虽然经营者和消费者均借助于商标来识别商品或服务来源, 但消费者能够对商品的来源进行识别是因为经营者使用商标的效果。因此, 基于法定主义的立场, “商标使用行为”的认定应当采行为主体标准, 而不是从消费者角度出发[10]。

由于商标权人有法律之源泉, 故其可在法律范围之内享有自由且完整的商标权, 且只有经过商标权人的同意, 其他人才能行使该商标权益[11]。因此, 取得和维持商标的使用行为的主体主要是商标权人或经商标权人许可和授权使用商标的主体。在非诚勿扰一案中, 涉案商标的使用主体系华谊兄弟传媒股份有限公司、金阿欢、江苏电视台。其中, 涉案“非诚勿扰”系由冯小刚、石海鹰独立创作完成, 但由于其与华谊兄弟公司约定, 将涉案“非诚勿扰”的著作权归属于华谊兄弟公司, 故华谊兄弟公司系涉案“非诚勿扰”的著作权人, 并且其通过申请注册商标被核准注册后也成为了“非诚勿扰”标识的商标权人。与此同时, 金阿欢于 2009 年 2 月 16 日向商标局申请注册“非诚勿扰”商标。经对比, 金阿欢申请核准注册的标识与华谊兄弟注册商标标识中的“非诚勿扰”在字体、图形、排列、呼叫方面完全相同。显然, 金阿欢的行为已涉嫌侵犯电影海报的在先著作权。但由于华谊兄弟公司于 2016 年 1 月 26 日才对该商标提出无效宣告请求, 此时已经超过我国《商标法》第 45 条规定的基于相对理由宣告商标无效的五年期限。<sup>7</sup>因此, 虽然金阿欢商标本身可能存在问题, 但已无法通过行政救济途径宣告此商标无效。当然, 华谊兄弟公司仍然有权在诉讼时效期间内对商标注册人、商标使用人提起民事诉讼, 主张赔偿损失的法律责任, 但这将是另外的民事诉讼。因此, 本案中金阿欢基于其注册在“交友服务、婚姻介绍所”等服务类别上的商标合法有效, 系涉案“非诚勿扰”的商标权人[1]。

商标侵权中的商标使用行为与取得、维持商标的使用行为虽然都依赖于发挥商标的识别功能以达到

<sup>7</sup>《中华人民共和国商标法》第四十五条第一款: “已经注册的商标, 违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的, 自商标注册之日起五年内, 在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的, 驰名商标所有人不受五年的时限限制。”。

自己的目的，但使用商标的主体并不一致。因为只有无权使用人的商标使用行为才会被认定为商标侵权行为。因此，构成商标侵权中商标使用行为的主体应当是无权使用人，其主要存在以下情形：1) 未经同意或授权擅自对商标权人的商标进行使用；2) 在许可或授权范围之外对商标权人的商标进行使用；3) 未经许可或授权转许可他人使用权利人商标；4) 许可或授权期满后依旧继续对商标权人的商标进行使用。简而言之，如果使用人没有合法的许可且背离商标权人的初衷，那么他就是商标的无权使用人。在非诚勿扰案中，江苏电视台显然并非涉案“非诚勿扰”标识的商标权人，但由于它在第41类上得到该类别商标权人华谊兄弟传媒股份有限公司的许可，因此也有权使用涉案“非诚勿扰”标识。

### 3.1.2. 商标使用行为的主观要件

商标使用行为的主观要件也即商标使用行为的主观意图，旨在考察行为人在使用商标时是否具有标明商品或服务来源的主观意图，值得注意的是此处是“意图”而非“使用”[12]，其并不要求使用主体具有实际使用的行为[13]。

行为人的主观意图是一种主观心理状态，通常不能知晓，故在判定此项标准时需要进行主观判断的客观化努力。换言之，对行为人是否具有标识产品来源的主观意图判断，可从行为人的外在客观表现进行反推判断[10]：

第一，使用者是否具有商业目的。商标是一种商业标志，被诉侵权人对商标的使用必须具有真实的商业目的。值得注意的是商业目的焦点不在于是否一定要获得利润，而在于被诉侵权人是否具有将商品推向市场的意图，如江苏广播电视总台将“非诚勿扰”节目向公众播出的行为便可视为具有商业目的。

第二，使用者是否显著地使用涉案标识，试图让公众察觉知晓。最主要的表现形式是经营者是否以引人注目的方式在商品显眼突出的位置显示了标识，如采用加以亮色、加粗放大字体、艺术处理等醒目的方式。从江苏卫视对“非诚勿扰”标识的使用意图来看，江苏电视台在节目开始部分就对“非诚勿扰”的节目标识进行了突出显示，且在节目播放途中一直在右下角反复出现“非诚勿扰”的节目标识。基于江苏卫视对“非诚勿扰”标识反复突出使用行为，应可推定其有意将该标识作为一个识别来源的商标[1]。

第三，使用者是否为了指示来源而使用标识。一些行为主体虽然使用了他人的商标，但其目的并非为了区别商品来源，而只是为了说明某个客观存在的事实时，不能被认定为商标使用行为。《非诚勿扰》案中，江苏电视台在许多广告宣传中，将“非诚勿扰”标识与“江苏卫视”台标、“途牛”、“韩束”等品牌商标一起进行并列宣传，尤其是江苏电视台还在第41、45类商品服务之外的其他商品服务类别对“非诚勿扰”申请了注册商标。这均直接反映了江苏电视台具有将“非诚勿扰”标识作为区别其它电视台节目来源的商标进行使用、作为品牌商标而进行维护的主观意愿。<sup>8</sup>

综上，笔者认为可将江苏卫视使用“非诚勿扰”标识的主观意图认定为指示商品或服务来源。虽然有学者认为在该节目播出中，该节目已使用了自己的“江苏卫视”的台标来识别来源，显然，江苏卫视无需再将“非诚勿扰”作为一个识别服务来源的标识。但笔者认为“非诚勿扰”标识在该电视节目使用的同时是否还使用了“江苏卫视”等其他标识的这一行为并不能充分证明被诉标识的使用行为一定是商标使用行为。且我国法律上并不排除对同一个商品或服务同时使用多个商标的行为。因此，即使江苏电视台在已经标注台标来区分该节目来源的情况下，也否认不了其使用“非诚勿扰”标识的行为属于取得和维护商标使用行为主观要件的事实。

## 3.2. 商标使用行为的客观要件

### 3.2.1. 商标使用行为的对象

法律上的使用是指对权利所指向的对象进行使用[14]。故商标使用行为就是对商标权所指向的对象

<sup>8</sup> 参见广东省高级人民法院(2016)粤民再447号民事判决。

——商标进行使用。换言之，构成“商标使用”意味着使用行为的对象必须是“商标”，即欲对“商标使用行为”进行认定就得先对使用的对象——“商标”进行理解。因此，我们需要探讨商标法领域最重要的问题即何为商标<sup>[15]</sup>。商标俗称“牌子”，英文为“Trademark”或“Brand”，可以简单理解为商品的标志。值得注意的是虽然商标本身也是一种标识，但并非任何标识都可以成为商标，只有具备一定特征的标识才能成为商标。我国学理上一般认为商标具有以下基本特征：

第一，商标是区别商品或服务来源的标记。

并非所有使用在商品或服务上的标记都是商标，只有用以表明此商品或服务区别于他人同类商品或服务的标记才属于商标，这是商标最主要的特征。如“非诚勿扰”案中，华谊兄弟申请注册核准的商标系 41 类，其主要目的是用于区别其他电影制作主体的作品。同样，金阿欢申请核准的商标系 45 类，其明显是用于区别其他商家的婚姻介绍所而使用的标志，满足商标的这一特征。

第二，商标具有显著性。

商标的显著性主要是指商标区别于其他商品、服务的商标的可识别性和独特性，公众可以借助该商标自身的形状来区分不同产品的来源、信息和特征等。商标的显著性与独创性密切相关。一般来说，商标越具有独创性，其显著性也就越强，越有利于一般消费者识别，获得的保护力度和范围也就越大，被诉侵权人的行为被认定为侵权中的商标使用行为的几率越大。从涉案“非诚勿扰”的标识来看，华谊兄弟申请注册的“非诚勿扰 If you are the one”商标在经过美术加工设计后，整体视觉上具有一定的艺术性与审美价值，能够体现作者独特的构思和编排，具有独创性、显著性。由于金氏申请的商标与华谊兄弟申请注册的商标图案设计几乎完全相同，故不具有显著性。而江苏电视广播总台的节目标识虽然也由汉字“非诚勿扰”组成，但其没有使用英文，汉字采用的也是简体字，且在字体设计和颜色构图上均明显区别于金阿欢和华谊兄弟申请注册的商标。进一步观察，在江苏卫视的节目标识中，还设计了一堵由“非诚勿扰”四字支撑或许象征着男人或者依靠的墙，一个女人的形象则倚墙而立。很显然，江苏卫视设计的标识亦具有较强的独创性、可识别性以及易于区别其他主体商标的显著性。

第三，商标具有独占性。

商标权人使用商标是为了与他人的商品或服务来源相区别，方便公众进行信息识别。故注册商标所有人对其商标拥有独占权、专用权，未经其同意，他人不得擅自使用。否则将构成商标侵权。“非诚勿扰”案中，华谊兄弟和金阿欢对他们申请注册的商标享有专用权、独占权，因此，江苏广播电视总台若要使用与“非诚勿扰”相同或相近的商标需取得华谊兄弟和金阿欢的授权，但由于江苏卫视所使用的标识与华谊兄弟和金阿欢申请注册的商标大相径庭，并不属于相同或相近商标的范畴，故江苏卫视使用自己设计的“非诚勿扰”标识无需征得华谊兄弟和金阿欢的同意，亦不构成侵权。

第四，商标具有竞争性。

作为参与市场竞争的重要工具，商标具有竞争性。市场主体之间的竞争基本上就是产品质量与信誉的竞争，其表现形式就是商标知名度的竞争。商标知名度越高，商品的竞争力也就越强。<sup>[16]</sup>因此，在认定侵权商标使用行为时应当对涉案商标的知名度加以考量。从华谊兄弟申请注册的商标来看，随着《非诚勿扰》影片的热映以及影片导演、演员各大奖项的提名，“非诚勿扰”在 2008 年下半年成为了坊间热词。与此同时，“非诚勿扰 If you are the one”标识愈来愈为大众所熟知，达到了商标竞争性所具备的要求的知名度。而反观金氏申请注册商标来看，金阿欢在注册“非诚勿扰”商标之后，基本没有真正使用过改商标。即使其创设了婚姻介绍所，也仅是出于应付诉讼目的的需要，几乎没有真正向消费者提供过婚姻介绍服务，就连在温州当地也很少有人知道该所，更别说得到公众的认可，故金阿欢并不具备商标侵权中被使用商标的知名度，故江苏电视台使用涉案标识的行为不能认定为侵权的商标使用行为。



对商标的特征进行分析有利于多维度认识“商标使用行为”的对象——商标。商标侵权首先是一种商标使用行为，只有使用了商标，才可能构成商标侵权。故行为人使用行为的对象若不具备商标的特征，则不能认定为商标使用行为，更不能认定为商标侵权。通过上述对“非诚勿扰”案的分析可知，华谊兄弟申请注册的商标虽然符合商标所需的各项条件，但由于江苏电视广播总台所使用“非诚勿扰”标识系自己设计，明显与华谊兄弟的商标不同，故其行为应属于取得和维护的商标使用行为，不属于侵权的商标使用行为。且江苏卫视即使使用了与华谊兄弟相近的商标，由于其已取得了华谊兄弟的同意，故所使用的标识亦不属于侵权的商标使用行为。另外，金阿欢申请注册的标识由于未达到商标竞争性、显著性的要求，故更不能控诉江苏电视广播总台的行为系侵权中的商标使用行为。

### 3.2.2. 商标使用行为的形式

首先从法律的角度来说，我国《商标法》第48条直接规定了商标的使用形式是用于商业活动之中，<sup>9</sup>因此将商业活动作为界定“商标使用行为”的一个判断标准是毋庸置疑的。其次，从法理的角度来说，商标专用权是为了保护生产经营者的商誉所附带的利益。对于商标权人而言，将注册商标在商业活动中加以广泛运用并经过大量的广告宣传让公众所知悉，加上逐渐增长的市场交易数量将会促使商标与商品或服务来源之间在公众的心里搭建出一种长久稳固的联系，从而提高商标的商誉和知名度，获得消费群体的信赖和经济效益，最终达到商标能够指示商品或服务来源的目的。对于被诉侵权人而言，其使用他人商标为了利用商标权人的商业信誉，使公众发生混淆的目的也依赖于公开的商业活动才得以实现。据此，从法理角度来看，将商业活动作为判定商标使用行为的一个认定标准也实属理所应当。

商业活动是现代经济生活中的重要组成部分，是商业产业发挥作用的具体体现。其基本内涵可理解为：“生产者、销售者以营利为目的将产品投放市场，使得消费者能够接触并了解该产品，进而促使经营者与消费者双方自愿达成交易的活动。”商业活动的特点是交易的互利性、交易的契约性、交易的非人格性和交易的自愿性<sup>[17]</sup>。提及商业活动，公众对其表现形式的理解还停留在以货币换取商品的对价交易之上。但实际上随着经济贸易的发展，我国商业活动的内容形式不再拘泥于等价交换的形式，开始变得丰富多彩。如实践中，根据市场环境的变化，许多经营者为了争取得到更多的交易机会，往往会采取一些新颖的经营策略，最常见的如免费试用产品、附赠礼品等方式。销售者一般都会在免费试用的产品以及附赠的礼品上附有其注册商标，消费者在获得该产品时，即使没有进行等价交换，但该产品仍在市场上流通。消费者能够通过产品外观上的商标来获取商家的信息，实现商标识别来源的功能。故在判定是否为商业活动时不必以等价交换为必要条件。在“非诚勿扰”案中，江苏卫视《非诚勿扰》节目的运作模式尽管没有直接向观众收取费用，但却能够以电视节目的收视率换取广告赞助商的经济支持。如果将江苏电视台当作经营者，将《非诚勿扰》节目当作商品，将电视节目的观众当作消费者，那么“非诚勿扰”节目标识即相当于商品的商标，如同“用于商业活动中”。且据统计，江苏电视台的大型婚恋交友节目《非诚勿扰》自开播以来，其冠名费连年攀升，至2015年已经达到5亿元，收益之可观<sup>[18]</sup>。可见江苏电视台可通过播放很多广告以赚取利润，这可以证明江苏电视台使用“非诚勿扰”标识的行为亦可视为以盈利为目的的商业活动。因此，在判定“商标使用行为”时，商业活动必要时无需局限于对价交易的形式，实践中可结合个案的具体情形综合分析认定<sup>[19]</sup>。

### 3.2.3. 商标使用行为的效果

识别商品来源的功能是指商标以便消费者或相关公众能够识别不同商品或服务的提供者的功能。由于识别商品来源是商标最基本的功能。因此，商标识别来源功能是商标使用行为判断的核心标准，但是

<sup>9</sup>《中华人民共和国商标法》第四十八条：“本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。”

实践中对商标标识是否具有识别来源功能的判断依然存在较大的问题。笔者认为与其他常见的商标使用判断标准相比,商标识别功能更好地体现出了对消费者或相关公众的关注。首先欲判定使用涉案标识的行为能否达到识别商品来源的效果需从相关公众认知能力出发,如果相关公众借助其一般的理解力,就能够知悉被使用的标识体现了产品或服务出处时,就可认定商标使用行为的成立。但如果使用的标识区分不了产品来源的目的,那么即便将涉案标识运用于相似的产品包装上,被诉侵权人的使用行为也不构成侵害商标权成立的前提条件。

判断被使用的商标标识是否起到了识别商品或服务的来源,“相关公众”作为判定主体确为不二之选。那么,何谓“相关公众”呢?根据我国《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条规定可知:相关公众包括两类主体,即与涉案商标所涵盖的某类商品或服务有关的消费者和与该类商品或服务的营销有密切关系的其他经营者。<sup>10</sup>笔者认为,这个界定从我国的国情来看是较为合理的。从“非诚勿扰”案来看,虽然江苏卫视的“非诚勿扰”节目是作为一个交友服务的平台,但其最主要的性质仍然是一档电视节目。因此,本案相关公众并不仅限于报名参加节目的青年男女嘉宾与相关提供相亲交友平台服务的其他经营者,更多的还是电视机前的以消遣娱乐为目的而没有征婚需求的广大观众。

另外,值得注意的是对“相关公众”的专业性要求不宜过高,但也不宜过低,将其范围定义得过于宽泛。如对于一些很随意、漫不经心、注意力较低的旁观者而言,他们仅是在远处无意间短暂的瞥了一眼标识的图案,其对后续的购买行为影响很小,笔者认为此时就不必纳入“相关公众”认知的范畴。尤其是在商标权人追究被告的商标侵权责任时,商标权人不仅需要证明可能识别商标的旁观者有一部分人是可能会购买商标权人商品的潜在消费者,而且还需要考虑到这些旁观者注意程度的高低<sup>[20]</sup>。只有消费者和经营者在施加了合理程度的注意后的公众才可理解为具有一般消费认知能力的“相关公众”。因此,在“非诚勿扰”案中,那些仅是拿着遥控器随意切换到江苏卫视又匆匆切换到其他频道的观众不能将其纳入“消费者”的范畴,因为他们根本未能注意到“非诚勿扰”的节目标识,更谈不上识别节目来源。因此,笔者认为至少是那些看过“非诚勿扰”电视节目并施加了一定程度注意的观众才可理解为“相关公众”。

“相关公众”能否将商品与涉案商标联系起来是判断商标使用行为的效果的最后一步。如果“相关公众”能够较为容易地识别被使用商标的产品或服务来源于何处时,就可认定为行为人的使用行为具备识别商品来源的效果,从而确定商标使用行为的成立。但如果使用的标识根本起不到识别商品或服务来源的作用,那么该使用行为则不构成商标使用行为。“非诚勿扰”案中,虽然在节目开始播出时,观众并未熟知“非诚勿扰”的标识,甚至不清楚这一档节目的播出平台、播出方式、视频内容,但随着《非诚勿扰》节目持续热播及广告宣传,国内同类节目收视率记录不断被该节目打破,在加上节目本身具有的较强的互动性和参与性<sup>[21]</sup>。观众仅需稍加注意,便能将《非诚勿扰》节目与江苏电视台本身联系起来。由于“非诚勿扰”的标识本身又具有较强的显著性,再经过江苏卫视长期、大量、反复的突出使用,“非诚勿扰”标识后天的显著性也在增加。尤其是随着电视节目收视率达到综艺节目排名第一,拥有亿万观众,该标识的传播度、知名度也在迅速提高。于是,当电视观众看到“非诚勿扰”的标识时,将很快能够联想到该电视节目及其制作人江苏电视台,从而客观上起到了指示商品/服务来源的作用。如此一来,江苏电台所使用的“非诚勿扰”标识不再是简单的图案,而是具有商业价值的商标。因此,笔者认为江苏电视台从设计“非诚勿扰”标识到长期反复使用该标识使其达到识别节目来源的过程可认定为江苏电视台取得和维持商标使用行为的过程。

<sup>10</sup>《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条:“商标法所称相关公众,是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与前述商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者。”

### 3.3. 非商标性使用行为

理解商标使用行为，除了讨论构成商标使用行为应包含的要素外，还需要判断分析哪些行为不属于商标使用行为，以使商标使用行为的边界更加明确。目前主流观点认为，非商标使用主要包括描述性使用、指示性使用两种典型类型。

#### 3.3.1. 描述性使用

描述性使用是指行为人直接用于描述商品或服务的数量、质量、效果、用途等特征而对他人的商标进行合理使用的行为。因描述商品或服务所使用的词汇(商标)一般具有叙述性、描述性，可以直接展现出商品或服务某一方面的信息，原本不具备商标的显著性特征，但在长期反复使用过程中逐渐产生了能够指示商品或服务来源的第二含义，因而达到了注册为商标的要求。具备第二含义的描述性词汇在注册为商标之后，基础含义仍然存在，故商标权人就不能阻止其他主体使用该商标的基础含义来显示商品或服务的特征或其他信息。因此，描述性合理使用保护的是商家对自己生产经营的产品或服务进行自由描述的权利，即行为人如果仅是为提供商品或服务的基本信息而善意地使用该商标，且该行为无法直接起到区别商品来源的作用，就不应认定为商标使用行为<sup>[22]</sup>。我国《商标法》第五十九条对此进行了规定，笔者认为这实质上是法律赋予商标权人以外的主体对自身商品或服务进行合理描述的权利，亦是法律对商标权人禁止他人使用的权利进行限制。

#### 3.3.2. 指示性使用

指示性使用指经营者在说明其商品或服务的客观信息而不得不对其他主体的商标进行合理使用的行为<sup>[23]</sup>。实践中，指示性使用一般是为了描述商品或服务与注册商标的商品或服务之间存在的某种关系，如客观地阐述本人的商品或者服务源自于商标权人的商品或服务，或者客观地指示自己商品或服务的对象、用途以及其他特性与商标权人的商品或服务有关的情形。如4S店在其招牌上使用“奔驰”、“宝马”等汽车品牌的商标，表明其销售该类品牌的汽车。另外，指示性使用的实质在于，行为人如果不使用他人商标来说明商标权人的商品或服务，就不能向公众恰当地传达其商品或服务的信息。因此，理论上讲，若有比使用商标权人的商标更为合适的阐明方法时，行为人就不宜再适用指示性使用行为进行抗辩。

#### 3.3.3. “非诚勿扰”的名称性使用

在“非诚勿扰”案中，江苏电视台除了对“非诚勿扰”标识(图文并茂)进行使用外，还对“非诚勿扰”文字进行了名称性使用，即仅使用纯文字，没有图案。因此，本文还需探讨“非诚勿扰”节目名称是否为商标使用行为。首先，电视节目名称一般是从不同角度对该节目主题内容进行凝练和集中表达，主要发挥描述性功能。如《快乐大本营》节目名称是对该节目给观众带来欢乐的立意进行表达，《中国古诗词大会》节目名称是对该节目诗词竞赛的主要内容进行阐述，《经典咏流传》节目名称是对该节目传诵经典的宗旨进行提炼等。同这些节目一样，“非诚勿扰”节目名称亦概括了“若婚恋并非出于真心，请勿贸然打扰”节目立意，应属于描述性使用。因此，如果仅仅在与电视节目的制作、播出相关的宣传推广活动中使用“非诚勿扰”的文字名称，应当视为描述性使用而非商标使用行为。如金阿欢向法院主张的以下情形中：1) 使用在显示节目几点播出的节目目录中；2) 突出使用在江苏卫视《非诚勿扰》栏目的网页；3) 使用在《非诚勿扰》节目前的广告价目表中。4) 使用在《非诚勿扰》节目推广活动中。<sup>11</sup>在上述使用情形之中，江苏电视台尽管客观上都对“非诚勿扰”四字进行了使用，但这仅只是作为节目名称使用，更多的目的是介绍节目主要内容，吸引公众积极参与、观看《非诚勿扰》节目，故应当属于描述性使用。虽然江苏卫视在宣传广告中对“非诚勿扰”四字进行了突出使用，但从常识判断，电视节目名

<sup>11</sup> 参见广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法知民终字第927号民事判决。

称的使用常态一般就是突出使用,就像标题之于文章,电影名称之于电影海报,符合商业习惯。故而,江苏电视台对“非诚勿扰”使用的上述情形属于合理使用。

#### 4. 结语

本文通过对商标使用行为的初步研究,首先介绍了商标使用行为的概念、特点和性质,然后从商标使用行为的主体、客体、主观意图、使用效果、使用形式、非商标性使用行为等方面对“商标使用行为”的界定进行详细分析,并对“非诚勿扰”案中江苏电视广播总台对“非诚勿扰”的名称使用和标识使用的行为上性质分别进行了判断,即江苏电视台对“非诚勿扰”文字进行名称性使用属于非商标性使用行为,而对“非诚勿扰”标识的使用是取得和维护商标中的商标使用行为,不属于商标侵权中的商标使用行为。

#### 参考文献

- [1] 吕炳斌. “非诚勿扰”节目名称侵权案评析——以商标侵权判定规则为主线[J]. 东南法学, 2016(1): 28-35.
- [2] 阳贤文. 关于“非诚勿扰”商标侵权纠纷案的冷思考[J]. 中华商标, 2016(4): 75-80.
- [3] 王莲峰. 论商标的使用及其认定——基于《商标法》第三次修改[J]. 公民与法(法学), 2011(3): 2-5.
- [4] 文学. 商标使用与商标保护研究[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 18-19.
- [5] 马丽萍. 商标使用的学理界定与本质解析[J]. 河南财经政法大学学报, 2020, 35(4): 149-157.
- [6] 祝建军. 判定商标侵权应以成立“商标性使用”为前提——苹果公司商标案引发的思考[J]. 知识产权, 2014(1): 22-28, 94.
- [7] 黄保勇. 论“商标使用”[J]. 华南理工大学学报(社会科学版), 2012, 14(3): 59-63.
- [8] 张德芬. 商标侵权中“使用”的含义[J]. 知识产权, 2014(9): 3-10.
- [9] 孔祥俊. 商标使用行为法律构造的实质主义——基于涉外贴牌加工商标侵权案的展开[J]. 中外法学, 2020, 32(5): 1283-1307.
- [10] 吕炳斌. 商标侵权中“商标性使用”的地位与认定[J]. 法学家, 2020(2): 73-87.
- [11] 陈硕. 商标侵权纠纷中商标性使用的认定研究[D]: [硕士学位论文]. 兰州: 兰州大学, 2020.
- [12] 赵建蕊. 商标注册所依赖的商标使用研究——从 TRIPS 第 15 条第 3 款谈起[J]. 比较法研究, 2014, 132(2): 132-145.
- [13] 赵克. 商标不使用撤销制度中使用意图的判断[J]. 人民司法(应用), 2016(19): 104-107.
- [14] 张俊浩. 民法学原理[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1991: 388-389.
- [15] 朱晓睿. 商标侵权中“商标使用”的认定[J]. 知识产权, 2017(11): 51-58, 83.
- [16] 昌智伟, 秦明委. 知识产权法基础[M]. 昆明: 云南大学出版社, 2014: 105-106.
- [17] 祝合良. 现代商业经济学[M]. 北京: 首都经济贸易大学出版社, 2017: 68-69.
- [18] 赵光霞, 宋心蕊. 《非诚勿扰》变单播冠名迈入“五亿时代”[EB/OL]. <http://media.people.com.cn/n/2014/1211/c14677-26191202.html>, 2021-04-26.
- [19] 王煜佳. 对商标使用的界定标准之“商业活动”的理解[J]. 中华商标, 2018(7): 87-90.
- [20] 姚鹤徽. 商标侵权构成中“商标使用”地位之反思与重构[J]. 华东政法大学学报, 2019, 22(5): 141-158.
- [21] 彭学龙, 郭威. 论节目名称的标题性与商标性使用——评“非诚勿扰”案[J]. 知识产权, 2016(1): 7-21.
- [22] 浙江省宁波市中级人民法院知识产权审判庭. 知识产权审判理念与实务: 宁波法院知识产权审判十年成果集成[M]. 北京: 中国法制出版社, 2016: 31-32.
- [23] 王莲峰. 商标法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2019: 187-188.