

商标侵权行为中的商标性使用

{ 摘要 }

一般情况下，商标性使用是商标功能实现的前提，也是认定商标侵权的前提要件。但随着信息技术的发展，商标性使用的方式更为多样化，判断某一行为是否属于商标性使用也更为困难。在判定商标性使用时要结合具体的商标使用形式，把握住商标性使用的目的是体现商标价值这一核心点，将具备识别商品或服务来源功能的标识使用行为认定为商标性使用。

关键词

商标侵权；商标性使用；多元化商标使用

商标法意义上的使用，我们常将它称为“商标性使用”，在商标法律体系当中一直被认为具有非常重要的作用，其贯穿于商标权利的起始和终了，涉及商标权利的取得、维持和救济等方方面面。也更有外国学者将“商标使用”比喻为“守门人”，足可见其举足轻重的法律地位。在2013年《商标法》修订后，第四十八条对“商标的使用”给出定义：“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。”

PART. 01

商标性使用的立法背景及本质特征

从2013年《商标法》第四十八条来看，其中不仅列举多种商标的使用形式，更在结尾处明确“用于识别商品来源”这一使用目的，从而丰富了商标使用的内涵。事实上，在以往数次修订《商标法实施条例》过程中，也曾在商标的使用形式上有过多次完善，但涉及商标使用的实质内涵却是首次出现在《商标法》中。

此前，在商标侵权裁判案件中，法院常将“商标意义上的使用”作为首要构成要件，实践当中也发现，不能将贴在商品上的标识简单等同于商标使用，有些未起到识别功能的标识不应认定为商标意义上的使用。由此，在最高人民法院建议下，“用于识别商品来源”这一表述，经审议正式写入法条。此类概念的划分也说明，“商标使用不但需

要有商标使用之形式，更需要有识别商品来源之实质，如此才能在纷繁复杂的商标使用或者貌似商标使用中去伪存真和透过现象看本质。” [1]

日常商业活动中，经营者创立品牌，并将其显著识别的文字、图形、颜色组合甚至声音注册为商标，使其与自己的产品建立对应关系，目的就是为向消费者介绍产品时能使它区别于其他同行业竞争者，这也是商标的基本价值。除此之外，商标还承载着企业沉淀多年的文化背景和经营理念乃至商誉，为经营者带来更多的附加价值。“现代市场营销之父”菲利普科特勒（Philip Kotler）在他的《市场管理》书中也写到：“品牌是一个名字、一种说法、一个符号或者设计，或者是以上所有这些的总和，其目的就是要让你的产品或服务跟竞争对手有所区别。”由此我们不难理解，区分商品来源，是商标性使用的根本内涵，也是它不同于其他标志的本质区别。

PART. 02

商标侵权案件中的判定标准

商标性使用是商标功能实现的前提，也是商标权得以维持的必要条件。国家知识产权局制定印发的《商标侵权判断标准》（以下简称《标准》）第三条，“判断是否构成商标侵权，一般需要判断涉嫌侵权行为是否构成商标法意义上的商标的使用。”结合不久前国家知识产权局公布有关该《标准》的理解与适用我们不难理解，商标性使用是判断商标侵权行为的前提要件，而只有发挥商标的识别来源功能，才算是商标法意义上的使用。[2]

侵权案件当中不乏有因不满足商标性使用这一必要前提，从而排除侵权的案例。湖北虾乡食品公司以第14776174号“虾香稻”注册商标权，主张湖北洪森实业公司在其生产的大米包装上使用“虾乡稻米”标识的行为构成侵权。后经由原湖北省沙洋县工商局逐级报请至国家知识产权局，最终查实，由于该地区推广稻田里养虾，虾稻共生的种植方式已具规模，被诉企业在其生产大米包装上标注了此种植方式说明，且有与商号一致的“洪森”商标用以区别商品来源，其使用“虾乡稻米”仅用于描述产品种植方式等特征，不属于商标性使用，因而认定未构成侵权。[3]

尽管《商标法》第五十七条针对侵权行为还列有多种情形，且在判定是否构成侵权时也还要考虑商标本身的相同近似性、商品类似与否，是否存在混淆等诸多因素。但在判定上述因素之前，一般应先就被诉侵权的行为是否属于商标性使用这一前置要素进行认定。

PART. 03

互联网经济下给商标性使用的界定带来新挑战

在判定商标性使用时要结合具体的商标使用形式，在《标准》第六条中概括地列举了五种使用类型，较《商标法》第四十八条相比，增加了网站、即时通讯工具、社交网络平台以及二维码等载体表现形式。随着互联网经济飞速发展，电子商务、社交平台给我们生活带来便利化的同时，也更新了大家对于传统商标使用方式的认知，比如用作关键词检索、网页标签甚至直接用作域名。如此多元化的表现形式所引发出关于商标性使用的界定就面临了新的难题。

有关商标性使用的争论最早就起源于美国一件搜索引擎关键词的商标权纠纷案件，可见由于互联网打破了时间和空间的限制，信息的传递方式、传播速度和周期都远胜于传统媒介，线上营销凭借网络的方便快捷、不受场地约束等特有优势也很快取代了传统广告推送模式。在这种市场环境下，经营者想要在众多竞争者中站得一席之地，品牌塑造和广告宣传就在经营中处于关键地位，商标的价值也更突显出来。消费者在无法实际触摸和感受产品之前，更多会基于经营者的商业信誉、品牌口碑等条件选择商品，此时，附着于商品上的商标便承载着企业商誉直接担负起宣传的功能，这也使经营者更加关注并积极拓展商标在互联网中的各种使用形式。

网络平台上的商标性使用如何界定？以关键词检索这一方式举例：我们常见使用他人商标的情形有两类：一是搜索引擎关键词部分使用与他人注册商标相同近似的文字，但该文字仅用于推广，不显示在搜索结果中；二是不仅将与他人注册商标相同近似的文字用作关键词，并且在搜索结果网页链接标题等显著位置也显示该文字。后一种情形，易使网络用户基于其检索目的产生联想，认为含有该关键词的链接与其期待检索的特定商品或服务之间存在特定关联，此时该关键词由于具备了识别商品或服务来源的功能，则可以被认定为是商标性使用行为。[4]

在信息大爆炸的时代，井喷式的信息收集和交互的需求，使得获取同意的难度和工作量超出想象。同时，个人在面对知情同意提示中的大量专业术语时，往往达不到“知情”的要求，对于是否“同意”更加无所适从。因此，知情同意原则在我国适用的过程中面临着同意偏离初衷、知情成本太高、同意能力欠缺三方面的困境。

{ 结论 }

互联网经济时代背景下，信息传递方式、商业经营模式以及消费者意识等都在随时随地发生着改变，诸多未知因素也影响着商标价值的体现。不断更迭的商标侵权类型，在多元化使用方式面前该如何界定，这也将成为我们持续探索的新课题。但无论商标使用方式如何改变，商标性使用都是体现商标价值的核心要素，把握这一基础认知，我们方能在捍卫商标权人法定权益与保障消费者合法利益之间寻找到平衡的那个点。

参考文献：

- 1[1]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》载《中外法学》 2020年第5期。
- 1[2]国家知识产权局《商标侵权判断标准》理解与适用 2022-8-15载国家知识产权局网站。
- 1[3]国家知识产权局《关于湖北洪森（集团）实业有限公司是否侵犯“虾香稻”商标专用权的批复》（国知发保函字【2019】227号）。
- 1[4]徐子森《互联网环境下商标侵权判定中的“商标性使用”辨析》载《科技与法律》2022第4期。