

再论商标戏仿的法律性质及评价

——通过“今日油条”案和“Bad Daniel’s”予以审视

冀希泮

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年10月20日; 录用日期: 2023年11月17日; 发布日期: 2023年11月24日

摘要

商标戏仿行为多见于驰名商标领域, 对于驰名商标来说, 商标属于社会文化的一部分, 不仅商标权人用驰名商标来彰显自己的独特性, 公众也会将其用作思想表达的工具。对商标行为的评价需平衡商标权人私有的符号财产权和公众的言论表达自由即公众利益之间的冲突。对商标戏仿这一行为进行法律评价仍然无法跳脱我国现有的商标法评价体系, 首先应判断该使用行为是否是商标性使用, 其次用混淆理论和淡化理论判断是否可能构成商标侵权或对驰名商标的淡化。本文拟从域内外案例展开, 分析商标戏仿的法律性质及文化性质, 并对其作出评价及判断步骤。

关键词

滑稽模仿, 商标戏仿, 混淆理论, 淡化理论, 正当性

Further Discussion on the Legal Nature and Evaluation of Trademark Parody

—Examined through the “Jiinri Youtiao” Case and “Bad Daniel’s” Case

Xipan Ji

Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Oct. 20th, 2023; accepted: Nov. 17th, 2023; published: Nov. 24th, 2023

Abstract

Trademark parody is commonly seen in the field of well-known trademarks, for well-known

trademarks, they belong to a part of social culture. Not only do trademark owners use well-known trademarks to showcase their uniqueness, but the public also use them as a tool for expressing their ideas. Therefore, the evaluation of trademark behavior needs to balance the conflict between the private symbol property rights of the trademark owner and the public's freedom of speech and expression, that is, the public interest. The legal evaluation of trademark parody still cannot break away from the existing trademark law evaluation system in China. Firstly, it is necessary to determine whether the use is trademark based, and secondly, use confusion theory and dilution theory to determine whether it may constitute trademark infringement or dilution of well-known trademarks. This article intends to analyze the legal and cultural nature of trademark parody from both internal and external cases and make evaluations and judgment steps for it.

Keywords

Parody, Trademark Parody, Confusion Theory, Dilution Theory, Legitimacy

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. 引言

在今年上半年间,“今日油条案”和“Bad Spaniels”案都涉及到了对商标的滑稽模仿,再一次将商标戏仿这一问题推到了公众面前,并引发了学术界和实务界的讨论。“今日油条”模仿了“今日头条”,“Bad Spaniels”则 Jack Daniel's 公司威士忌酒瓶的戏仿。商标戏仿再一次被推到了公众视野中。商标戏仿的案例在我们生活中比比皆是,例如喜剧电影《大腕》中出现的“可笑可乐”则是对“可口可乐”的戏仿,狗狗咀嚼玩具“Chewy Vuitton”模仿“Louis Vuitton”等,市面上戏仿商标如春笋般络绎不绝,然而这是否会涉及到法律侵权风险?那么,何为商标戏仿?域内外又是如何对商标戏仿进行评价和规制的?公众言论表达的自由和商标权人对商标符号的垄断之间的冲突如何平衡?“今日油条”案中,法院的判决又能给我们带来哪些反思?本文将逐步展开论述。

2. 域内外案例背景

在今年上半年间,美国的“Jack Daniel's 诉 Bad Daniel's”和国内的“今日头条诉今日油条”两案,再一次将商标戏仿这一问题推到了公众面前,并引发了学术界和实务界的讨论。两案中都涉及到了戏仿商标的判定问题,但却给出了不同的解答。

2.1. 我国“今日头条”诉“今日油条”案件¹

原告北京抖音信息服务有限公司(简称抖音公司)于 2012 年上线“今日头条”手机 app,该 app 具有较高知名度。被告赵亚东注册的个体工商户“今日油条早餐店”是今日油条公司开设的直营店,于 2020 年 6 月开始在河南省郑州市金水区营业,售卖油条、豆花、豆浆等产品。该早餐店在日常营业和宣传中使用了大量“今日油条”等标识。在本案中,法院认为 1) 被告的行为并不构成普通商标侵权,原因是被告是在不相同也不类似的商品(服务)上使用与涉案四个注册商标不相同也不相近似的标识,并不容易导致相关公众对商品或服务来源产生混淆; 2) 被告的行为也不构成驰名商标侵权,原因是被告行为并不构

¹广州知识产权法院(2020)粤 73 民初 2332 号。

成对驰名商标的弱化、丑化或不正当利用驰名商标的市场声誉，且法院认为“今日油条”是一种陈述性描述，二者无直接或间接的竞争关系，即使认为“今日油条”借鉴了“今日头条”的创意，也难以认为“今日油条”公司具有损害抖音公司或者不正当竞争的目的或利用抖音公司涉案注册商标已有商誉或与其建立联系的企图，因此不构成商标侵权。法院在最后论述“法律责任的承担”时认为，“今日油条”公司等使用标识确实存在对抖音公司注册商标一定程度上的模仿，但那种模仿应认定属于合理范围内的模仿，不应认定构成法律上的侵权。本案一审由广州知识产权法院审理，一审法院驳回了原告抖音公司的全部诉讼请求。今年4月，一审宣判后，抖音公司就本案上诉至广东省高级人民法院，后抖音公司于2023年5月22日向广东高院申请撤诉；2023年5月30日广东高院作出(2023)粤民终1063号民事裁定书，裁定准许撤诉。本案一审判决正式生效。

2.2. 美国“Jack Daniel’s Properties Inc.诉VIP Products”案件

美国联邦最高法院于2023年6月上旬发布了对Jack Daniel’s Properties Inc.诉VIP Products一案的评析²，美国联邦最高法院撤销了第九巡回上诉法院的裁决。本案被诉产品是一款狗玩具，它对Jack Daniel’s公司威士忌酒瓶进行了戏仿，包括将“Jack Daniel’s”的字样换成了“Bad Spaniels”（坏西班牙猎犬），将“Old No. 7 Brand Tennessee Sour Mash Whiskey”换成了“The Old No. 2 On Your Tennessee Carpet”。对该案的裁判历经一波三折，最初，联邦地区法院认为该戏仿商标已经被用作识别商品来源的标识，因此拒绝适用“Rogers”测试。法院进而适用混淆可能性来分析判决认定商标侵权成立，同时认定了原告的商标因被贬损而构成商标淡化。然而，第九巡回法院认为，根据“Rogers”测试原则，VIP公司被诉的“Bad Spaniels”商标属于对“Jack Daniel’s”商标的幽默模仿，是体现思想表达的作品，具有“表达元素”，受美国宪法第一修正案保护。目前，联邦最高法院最终又支持了地区法院的观点，认为当戏仿标识被用作识别商标来源时，不适用第一修正案的侵权例外。

3. 商标戏仿的概念及特征

“今日油条”案中，法院在最后论述“法律责任的承担”时提到“今日油条”公司等使用标识存在对抖音公司注册商标一定程度上的模仿，“Jack Daniel’s Properties Inc.诉VIP Products”案中，“Bad Spaniels”也是对“Jack Daniel’s”商标的幽默模仿，何为商标戏仿？又如何评价商标戏仿行为？对于两份判决书中关于商标滑稽模仿是否构成商标侵权的观点和结论暂且按下不表，首先需要探究它的起源，厘清商标戏仿的概念。

商标戏仿，又称商标滑稽模仿。滑稽模仿的概念最早来源于著作权法领域的戏仿作品。作品的戏仿是一种将讽刺和模仿相结合已达到批评和调侃的方式，戏仿作品有两个基本要素：模仿和讽刺，这要求了戏仿作品必须利用了原作的部分表达，但是该部分又是批评原作的新表达。而商标戏仿是随着商标符号的文化性而产生的，是指对特定商标的构成要素进行创造性模仿，传递出与原商标不同的文化内涵，形成具有独特意蕴的表达效果^[1]。一般情况下，被戏仿的商标大多数为驰名商标，因为大多数情况下，只有模仿驰名商标才会达到令一般受众莞尔一笑的滑稽效果。

美国第一巡回法院曾在一个判例中对滑稽模仿有经典的概述：“模仿必须同时传递两种相互矛盾的信息：它是原作品；它又不是原作品而是其模仿作品。”³可以概括出商标戏仿应当具备以下特征：第一，攀附性，商标戏仿是对驰名商标的模仿和攀附，依赖于驰名商标的影响力而生；第二，独创性，商标模仿必须即利用了被戏仿商标的要素或风格，同时又要体现出自己的独创性新表达，要使得公众看到滑稽

²Jack Daniel’s Properties, Inc. v. VIP Prod. LLC, 599 U.S. 140, 143 S. Ct. 1578, 216 L. Ed. 2d 161 (2023).

³L. L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc., 811 F.2d 26, 811 F.2d 33 (1st Cir. 1987).

模仿的商标既能够联想到原商标，也能将二者区别开来，意识到这是对原商标的滑稽模仿；第三，讽刺嘲笑性，商标戏仿应该通过夸张或嘲讽的手法以达到讽刺和嘲笑的结果[2]。

由于我国并没有像美国那样在成文法中回应商标戏仿这一行为，因此对商标戏仿这一行为进行法律评价仍然无法跳脱现有的商标法评价体系。在现有的商标法评价体系内，要对商标戏仿行为作出评价，首先是要先判断涉案行为是否构成商标戏仿，必须符合上述概念的行为才是商标戏仿行为，这对后续侵权与免责的判断至关重要。在实践中，如果被控戏仿行为并非其商标性使用，则下一步应判断属于是否构成著作权法上的合理使用；如果其属于商标性使用或者产生消费者混淆，则无法用正当性给予免责，仍需要进行下一步的判断，即判断其是否属于商标混淆或驰名商标淡化的情形。

4. 商标戏仿的正当性判定

商标法赋予了商标权人在特定领域使用特定符号权利的垄断性保护，评价商标戏仿必然无法回避两种利益的冲突与协调这一话题，即如何平衡商标权人私有的符号财产权和公众的言论表达自由暨公共利益之间的矛盾，这一地啊在对商标戏仿问题的判定中不断体现着其冲突与协调。

4.1. 商标戏仿存在正当性的理论基础

商标戏仿之所以能够成为对商标权限制的重要因素，是由于其文化性质决定的[3]。商标与其他一般意义上的财产不同，一方面它是用于识别、广告和销售产品或服务的文字或者一串符号，另一方面，这些文字和符号本质上是一种商业性言论，属于人们思想交流、观点表达的一种形式和工具。对于驰名商标来说，它往往还蕴含着丰富且特定的含义，属于社会文化的一部分，不仅商标权人用驰名商标来彰显自己的独特性，公众也会将其用作思想表达的工具。

在此情况下便会产生商标权人对财产的占有性和公众言论表达自由两种利益的冲突和矛盾。承认商标的社会属性，就应当承认社会公众对商标使用的自由。就应当承认商标权因为社会公众交流的需要而受到限制。因此言论自由成为限制商标权的最重要因素之一[3]，也是商标戏仿存在正当性的理论基础。

4.2. 商标戏仿合理性的先决因素——非商标性使用

一个成功的商标戏仿，应该是一方面可以让消费者感到模仿者的幽默和智慧另一方面又能避免造成商品或服务来源上的混淆，这样的商标戏仿才是可以免责商标侵权和商标淡化的控诉的。

而受到商业表达自由有限保护的商标戏仿，必须具备以下两个条件：一是主观上戏仿人无替代使用之目的，即没有“将他人商标作为商标使用的意图”。正当的商标模仿行为不是表达原有标记的信息，而是意欲通过该商标传达某种商业信息；二是客观上消费者无出现混淆之可能。戏仿者在戏仿他人商标的同时亦有宣传自己商品之意思，如果属于真实性言论，可受到商业表达自由的有限保护。反之，如果使消费者产生混淆，则应认定为误导性的商业言论而受到法律规制[1]。

商标合理使用并非是指某种未经允许使用他人商标的行为是合理的、正当的，基于特定利益的考量，对其不视为侵害商标权，而是为了澄清某些情形不构成商标性使用，从而不可能侵害商标权。它以反向列举的方式重申了商标性使用的概念[4]。有学者指出，商标合理使用并非真的“合理使用”，这是因为，许多商标“合理使用”行为不构成侵权的原因并非商标法对商标权进行了限制，而是这些行为并不属于商标法意义上的使用，原本就不受商标权控制。戏仿行为是否构成商标合理使用，应当以该戏仿行为是否属于商标性使用为标准[5]。构成商标性使用判断标准的认定主要有：1) 该行为目的是为了说明商品或服务来源；2) 该行为能达到区分识别商品或服务来源的效果；3) 该行为是在商业活动中使用[6]。同时，也要考虑，被诉侵权人使用商标的方式、被诉侵权人的主观意图、被使用商标的独创性和知名程度。

美国是首个将商标滑稽模仿作为法定侵权抗辩理由的国家。波斯纳法官曾将商标戏仿分为三类：第一类是对竞争对手的商标进行戏仿的比较广告，这是一种提供产品信息的有效率的方法，可以免责；第二类是对竞争对手的商标进行戏仿但有造成混淆可能性的行为，该类行为因为增加了消费者的搜索成本而应当承担责任；第三类是非竞争对手对他人商标进行戏仿但不会造成混淆的情形^[7]。可以免责的情形分别是第一类和第三类。

要探讨商标戏仿在何种情况下能够免责，不可避免地需要从美国的成文法中找到答案。美国在成文法中有《兰哈姆法》、《联邦商标淡化法》、《商标淡化修正法案》对商标戏仿做出了不同层次的回应^[8]。第一，修正后的《兰哈姆法》第43条第(c)款第3项“免责事由”规定：“下列情形不可依据本条规定以弱化或丑化为由提起诉讼：(A) 由其他人对驰名商标所作的不是将它作为他自己商品或服务来源的指示，而是作为包括指示性合理使用或描述性合理使用在内的合理使用，或者为了便于作出这些合理使用而实施的行为，包括下列相关使用行为：(i) 为消费者提供比较产品或服务机会的广告或促销或(ii) 验证和滑稽模仿、讽刺或评论驰名商标所有人或驰名商标所有人的商品或服务的行为。(B) 所有新闻报道和新闻评论的形式。(C) 所有对商标的非商业性使用⁴。第二，1996年生效的《联邦商标反淡化法案》(简称FTDA)中将淡化行为表述为“减少、削弱驰名商标对其商品或服务的识别性和显著性能力的行为，不管在驰名商标所有人与他人之间是否存在竞争关系或者存在混淆和误解或欺骗的可能性。”第三，2006年生效的《商标淡化修正案》(Trademark Dilution Revision Act of 2006缩写为“TDRA”)则⁴更进一步详细地规定了淡化的抗辩措施：“1) 任何合理使用。包括对某驰名商标的指示性或描述性使用，或者对这种使用的促进，只要不是将驰名商标作为某人商品或服务的来源指示；还包括允许消费者对商品或服务进行比较的广告或促销活动；以及对某驰名商标所有人或其商品/服务的鉴别、戏仿、批评或评论。2) 任何形式的新闻报道和新闻评论。3) 任何非商业性使用。”^[9]从三部法案可见，美国实际上严格限制了能够免责的商标戏仿行为，将其限制在合理使用的范畴内，要求其必须是非商业性使用、不能将其作为商品或服务的来源。

在判例实践中，美国也有很多案例回应了商标戏仿的相关问题，并发展出了“Rogers”测试原则。Rogers测试来自于“Ginger诉Alberto”⁵一案，在该案中，原告Ginger和其搭档Fred是美国演艺界历史上著名的组合之一，被告Alberto制作并发布了一部名为“Ginger and Fred”的电影，原告根据《兰哈姆法》反对被告对其名字的使用。上诉法院认为，对于表达一定言论的作品，考虑到对这种言论表达的保护，除非原告可以证明被告的使用没有任何艺术相关性、且会明确导致消费者误认为他人作品，否则不会进一步审查是否构成混淆。“艺术作品”的标题与作品本身一样，具有隐含“第一修正案价值观”的“表达元素”，将《兰哈姆法》的限制过度扩展到书籍或电影的标题领域可能会侵犯第一修正案的权利。“Rogers标准”分两步以检验商标戏仿的合理性：第一步，与被控告对象无艺术关联的；第二步，如果有艺术关联，在被指控对象使用标识是否“明确误导”该对象的来源或内容。但是“罗杰斯标准”不适用于在商业环境中使用的商标，例如在传统广告中用作被告商标。它只适用于表达性的作品，如书籍、在线评论、电影或艺术品。追根溯源，表达性与商业性的区分与是否是商标性使用有异曲同工之妙。

例如，在“Louis Vuitton诉Chewy Vuitton”⁶一案中，被告在制作和销售的供小狗咀嚼的毛绒玩具上印上了“Chewy Vuitton”，原告Louis Vuitton将其诉至法院，美国联邦第四巡回法院认为，被告的行

⁴See Section 43 of Lanham Act: (3) Exclusions: The following shall not be actionable as dilution by blurring or dilution by tarnishment under this subsection: (A) Any fair use, including a nominative or descriptive fair use, or facilitation of such fair use, of a famous mark by another person other than as a designation of source for the person's own goods or services, including use in connection with—(i) advertising or promotion that permits consumers to compare goods or services; or (ii) identifying and parodying, criticizing, or commenting upon the famous mark owner or the goods or services of the famous mark owner. (B) All forms of news reporting and news commentary. (C) Any noncommercial use of a mark.

⁵See *Rogers v. Grimaldi*, 875 F.2d 994 (2d Cir. 1989).

⁶See *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Haute Diggity Dog, LLC*, 507 F.3d 252 (4th Cir. 2007).

为是对原告商标的讽刺性模仿，又如“Jack Daniel’s Properties Inc.诉 VIP Products”一案中联邦最高法院作出了两点重要指引：1) 标识若作为来源辨识之用，即不会启动 Rogers 测试。2) 标识若作为来源辨识之用，即无合理使用问题。联邦最高法院在该案中再次正确诠释了合理使用和商标侵权的边界问题，即当戏仿商标被用作识别商品或服务来源时，发挥了商标的基本功能，不能再适用合理使用进行抗辩。

“今日油条案”中也回应了这个问题。法院认为，今日油条公司在制售油条等食品的过程中，以及在宣传“今日油条”的加盟项目中都用：“今日油条”的表示，属于商业性、标识性使用行为，可以产生识别商品或服务来源的作用，属于商标法规定的商标性使用行为。根据构成商标性使用判断标准，“今日油条”毫无疑问构成商标性使用，首先，该早餐公司利用“今日油条”这一商标的目的是为了博人眼球、吸引消费者的注意；其次，该行为能够达到区分其商品或服务来源的效果；最后，该行为毫无疑问是在商业活动中使用，不仅有早餐店的装潢及标识中使用，也在其加盟宣传中使用。

由上述分析可知，无论是在我国还是美国，“非商标性使用”都是商标戏仿能够进正当性的前提条件都是“非商标性使用”。这也符合上商标戏仿的构成要件，商标戏仿的要件之一就是戏仿者必须是出于戏仿、嘲讽的目的，借助于夸张的手法，对被戏仿商标的攀附性模仿，比如在电影《大腕》中曾出现“三六牌”香烟、“报丧鸟”西服，被学者认为是对“三五牌”香烟和“报喜鸟”西服的商标戏仿，片方并没有对电影中出现的这些商标真正投入市场生产并利用，只是引得观众捧腹大笑的程度，并不会侵犯商标权人的利益。而今日油条公司使用的“油条”标识，特别是结合其店铺名称、logo、装潢、广告语的使用情形来看，属于商标性使用，因此很大程度上失去了正当的商标戏仿的前提条件，但是否可能因为其他原因而免责会在下文展开叙述。

5. 商标戏仿的商标法规制

紧接上文，在我国法律体系内评价商标戏仿行为，假设“涉案行为是商标戏仿行为”的前提已然成立，但这并不意味着该行为是合理或正当的，接下来便需要从法律规制的角度对其进行评价，则需要运用商标混淆理论和商标淡化理论，来判断该商标戏仿行为是否构成商标侵权和驰名商标淡化，以及商标戏仿行为是否可能因为构成合理使用而具备正当性，从而免责。下文将逐一展开论述。

5.1. 商标戏仿与商标侵权

商标法的立法目的在于防止消费者对商品或服务来源产生混淆，因此，戏仿商标是否会导致消费者混淆，仍然是判断它是否构成商标侵权的重要因素。在我国，判断涉案戏仿商标是否构成商标侵权应从以下几个基准进行判断：第一，被告使用商标的行为须为在经营活动中从事的生产经营活动(即商标性使用，上文已有所回应)；第二，被告在生产经营活动中以商标指示性方式使用商标须与他人注册商标相同或者相近似；第三，被告使用商标的商品或者服务须与原告注册商标核定使用的商品或者服务同种类；第四，被告使用商标的商品或者服务与原告的商品或者服务造成混淆。

在域外，商标戏仿是否构成商标权侵权，仍需借助“混淆可能性”作为判断标准。在美国“Polaroid (宝丽来)”案中，法官总结的判断混淆可能性的8个标准具有较高的权威性和参考价值：1) 商标强度(显著性)；2) 商标相似程度；3) 商品或者服务的相似程度；4) 在先商标所有人跨越商品间距离的可能性；5) 是否发生了实际混淆；6) 被告的意图；7) 原被告双方的产品或者服务质量与价格；8) 消费者的成熟度⁷。在实践中，因为个案的差异性以及原被告主张的倾向性，法官会以此为参考因素但每个标准所占的比例在个案中不尽相同。

一般情况下，如果原告的商标知名度、强度越高，其可获得的保护程度也相应越高，即被告侵权可

⁷See Polaroid corp. V. Polarad Electronics corp., 128 USPQ 411 (2nd Cir. 1961).

能性更大。但是，商标戏仿侵权认定的特殊性在于，当原告商标的知名度已经达到一定高度，使得消费者接触到被告商标就能体会到被告是在对其商标进行讽刺或搞笑，那么被告侵权的可能性就越小。相反，如果原告商标的知名度低，就无法达到幽默和讽刺的效果，不构成商标戏仿。此外，争议商标之间的相似性也是商标戏仿必不可少的要素，西方商标必须与原告的商标存在一定程度的相似性才能让消费者联想到原有商标，与此同时，两者之间必须存在具有幽默感的差异部分，使得消费者认识到非同一性。普通商标侵权案件中，法院主要关注商标之间的相同点来认定混淆，而商标滑稽模仿却以相似为前提，以差异来认定混淆[10]。

5.2. 商标戏仿与商标淡化

对驰名商标进行反淡化保护，与商标戏仿的行为特征存在较大的内在关联。知名度越高的商标被戏仿的可能性越大，一家公司及其产品越成功、越出名，就越有可能成为社会文化的象征。那么，更有可能的情况是，批评人士会用幽默的戏仿来抨击这家公司及其象征。戏仿者意图通过戏仿行为所达到的效果是复杂多样的，如通过比较广告的形式，通过对标识的戏仿，可以实现自身产品宣传的目的。在类似情形下，被戏仿的信息越广泛地被社会公众所认同，戏仿者就越容易实现其比较广告的上述效果。

商标淡化理论诞生于驰名商标的保护，淡化的本意是“稀释”。就驰名商标而言，涉及其显著性的削弱、冲淡、贬损等。驰名商标淡化一般是在不同种类的商品上使用驰名商标所有人的驰名商标，从而减损、削弱驰名商标显著性、识别性和对消费者吸引力的行为。在不相同、不相类似的商品上使用与驰名商标相同或近似的商标，利用驰名商标信誉推销商品或者服务，从而影响该商标在公众中的形象，导致驰名商标对消费者的特殊吸引力弱化。或者说是将与驰名商标相同或者近似的商标注册或者使用于与驰名商标使用商品或者服务不相同又不相类似的商品或服务上，导致消费者对商品来源及其他方面与生产者的关系产生误认或混淆，进而使该驰名商标的特殊吸引力与识别作用发生弱化的行为。这通常是狭义上的驰名商标淡化的概念。从广义上看，驰名商标淡化可以被定义为对驰名商标区别商品或服务能力的显著性或识别性的冲淡、削弱或减损的一切行为，而不考虑有无混淆、误认或不正当竞争的可能[11]。

在美国的司法实践中，美国成文法中通过三部法案逐渐确立了商标淡化的评判体系。这三部法案分别是《兰哈姆法》、《联邦反商标淡化法修正案》、《联邦反商标淡化法》；《兰哈姆法》第43条第(c)款第3项商标淡化的“免责事由”规定：“下列情形不可依据本条规定以弱化或丑化为由提起诉讼：(A) 由其他人对驰名商标所作的，不是将它作为他自己商品或服务来源的指示，而是作为包括指示性合理使用或描述性合理使用在内的合理使用，或者为了便于作出这些合理使用而实施的行为，包括下列相关使用行为：(i) 为消费者提供比较产品或服务机会的广告或促销或 (ii) 验证和滑稽模仿、讽刺或评论驰名商标所有人或驰名商标所有人的商品或服务的行为。(B) 所有新闻报道和新闻评论的形式。(C) 所有对商标的非商业性使用[3]。《联邦商标反淡化法案》定义了商标淡化，其将淡化行为表述为“减少、削弱驰名商标对其商品或服务的识别性和显著性能力的行为，不管在驰名商标所有人与他人之间是否存在竞争关系 或者存在混淆和误解或欺骗的可能性。”从中可以看出，商标淡化行为不同于传统意义上的商标侵权行为，它的危害性并非是一次性呈现的具有潜伏性和长期性。《联邦反商标淡化法修正案》中则规定了淡化的三种例外情形，一是合理使用；二是新闻报道与评论。三是非商业性使用。其中合理使用包括戏仿。但是，其合理使用的前提是，使用者不得意图通过使用他人驰名商标以指示自己商品的来源，这样规定的目的是为了保护驰名商标的显著性，让戏仿行为控制在合理的限度范围内的[9]。

6. 对商标戏仿行为及“今日油条”类案的再探讨

滑稽模仿之所以成为商标权限制的重要因素，是由商标的社会文化性质决定的。商标不同于一般意

义上的财产，它是用于识别、广告和销售产品或服务的文字或符号，本质上是一种纯粹的商业性言论。同时驰名商标往往还蕴涵特定的含义，属于社会文化的一部分，成为人们思想交流和观点表达的工具，甚至成为公众取笑嘲讽的靶子。商标的社会属性及其文化内涵，使得商标注定成为人们思想交流和观点表达的工具和媒介[9]。评价商标戏仿这一问题，需要平衡私有的符号财产权和公民、经营者的言论表达自由及社会公共利益三者之间的复杂关系。

在今日油条案中，很显然，今日油条公司对于“今日油条”标识的使用，是作为自身的油条商品以及餐饮服务的商标来使用，那么其使用行为就不应因具有一定程度上的戏仿成分，而限制权利人对商标权的行使。但是法院的判决在这部分出现了逻辑不自洽且说理不严谨的部分。在判决书中法院提到“今日油条·公司等使用标识确实存在对抖音公司注册商标一定程度上的模仿，但该种模仿应认定属于合理范围内的模仿，不应认定构成法律上的侵权。”这样简单的说理与上下文十分矛盾，且结论笔者无法赞同。

首先，在评价“商标侵权”的部分，法院已经认定“今日油条公司等”在制售油条等食品过程中，以及在宣传“今日油条”加盟项目过程中使用“油条”“今日油条”标识，属于商业性、识别性使用行为，可以产生识别商品或服务来源的作用，属于商标法规定的商标性使用行为”，但在后来的的判决法院却又提到“今日油条”直接描述了“油条”这一商品的名称和主要特征，含义为当天油炸出来的新鲜油条，属于一种陈述性描述的合理使用，是在第一层含义上使用“今日油条”词汇；“被诉侵权标识文字部分则为‘油条’‘今日油条’，‘今日’‘油条’两词亦系公有领域的常用词汇，具备明确的实际含义，其二者组成的‘今日油条’意在说明其名称和主要特点，相关公众对其含义不存在理解难度或歧义。今日油条公司系在不相同也不类似的商品上以第一含义使用被诉侵权标识‘油条’‘今日油条’，难以认为其具有混淆的主观故意。”法院前后的自相矛盾之处不难看出，关于被诉侵权标识“油条”“今日油条”到底是第一含义上的描述性使用，还是商标性使用(即指称特定商品之来源及商誉)，法院并没有意识到这是一个不可兼容的问题。

综上，今日油条案一审法院在判决书中所阐述的相关理由，值得进一步商榷。对于将标识作为自身商品服务商标使用的模仿和戏仿，不能自动免责并排除商标法的使用。在此情况下，权利人可以行使商标权主张停止侵权，并由法院审查是否构成混淆或对驰名商标的淡化。仅对于将戏仿商标作为非商业使用的情形，商标权利人的权利行使才应受到限制。因此，笔者认为，法院对于商标戏仿该部分的说理难以令人信服。可以理解的是，由于中国现行《商标法》并没有规定文化意义上使用驰名商标，即商标戏仿的行为；现行《著作权法》也没有将对经典作品的戏仿明确列为合理使用的一种法定情形，导致司法裁判者在出现该类问题的时候难以下手，自由裁量权极大，且只能通过其他制度去侧面回应。但是，这种侧面回应的做法也并不完美，就像“今日油条”案的生效判决这样，即便裁判的最终结论很可能是正确的，但论证说理的逻辑的混乱可能会破坏了商标法的价值。正确的做法应当是积极、正面应对这种利益冲突所带来的挑战，通过司法解释或者指导案例等形式，确立一个较为稳定、符合《著作权法》《商标法》《宪法》原则的标准。

参考文献

- [1] 吴汉东. 知识产权领域的表达自由: 保护与规制[J]. 现代法学, 2016, 38(3): 3-15.
- [2] 曹新明. 商标侵权理论之多维度思辨——以“今日头条”诉“今日油条”案为例[J]. 政法论丛, 2022(1): 19-29.
- [3] 邓宏光, 周园. 滑稽模仿对商标权的限制[J]. 重庆工学院学报(社会科学版), 2008(3): 25-28.
- [4] 熊文聪. 商标合理使用: 一个概念的检讨与澄清——以美国法的变迁为线索[J]. 法学家, 2013(5): 148-163+180. <https://doi.org/10.16094/j.cnki.1005-0221.2013.05.003>
- [5] 王迁. 知识产权法教程[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 479-480.
- [6] 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.

-
- [7] [美]理查德·波斯纳. 知识产权法经济分析[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005: 203-204.
- [8] 张心全. 商标戏仿的法律思考——通过 LV 案重新予以审视[J]. 知识产权, 2008(1): 61-64.
- [9] 李雨峰. 企业商标权与言论自由的界限——以美国商标法上的戏仿为视角[J]. 环球法律评论, 2011, 33(4): 18-26.
- [10] 沈一萍. 滑稽模仿对驰名商标的权利限制——从美国 Louis Vuitton Malletier 诉 My Other Bag 案谈起[J]. 中华商标, 2016(3): 28-32.
- [11] 冯晓青. 注册驰名商标反淡化保护之探讨[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2012, 26(2): 137-146.