

浅析商标滑稽模仿

徐子越

(宁波大学 法学院, 浙江 宁波 315211)

摘要:滑稽模仿保护了言论的自由, 早期出现在版权法领域内, 但在现实中, 商标的滑稽模仿的现象却比较常见。商标滑稽模仿通常被视为商标合理使用的情形之一, 从而成为商标侵权抗辩的重要事由。随着商标功能的不断扩大, 从单一的区别、指示功能发展到代表商标背后的个性或企业的人格, 成为企业商誉的载体。因此, 这种滑稽模仿是否能够作为侵权抗辩的绝对理由, 有其一定的判断标准, 应该从滑稽模仿与混淆可能性以及滑稽模仿与商标淡化的角度加以思考审查。

关键词: 商标滑稽模仿; 合理使用; 混淆; 淡化

中图分类号: D923.43 **文献标识码:** A **文章编号:** 1001-5124(2010)01-0128-05

随着社会经济和文化的不断发展, 商标从单一的区别、指示功能发展到代表商标背后企业商誉的载体, 从识别到表彰, 商标体现着商品或服务的全部价值。商标的功用和价值不断凸现, 商标尤其是驰名商标的功能开始演变, 使得商标增添了越来越多的文化内涵, 商标滑稽模仿的现象也随之出现。美国《联邦商标反淡化法》中对商标的滑稽模仿规定为商标淡化的抗辩或例外情形之一。借鉴美国的立法及司法实践, 得出商标滑稽模仿作为商标合理使用的判断标准。

一、滑稽模仿的定义

滑稽模仿, 又称作戏仿、嘲讽表演, 是一种古老的文学体裁, 主要是对原作品进行批判, 或者达到某种幽默、讽刺的效果。《蛙鼠大战》(The Battle of Frogs and Mice) 就是古希腊人对《伊利亚特》的一个滑稽模仿——它们的效果取决于对原始作品中显著性特征的复制, 如果没有这些特征, 滑稽模仿与嘲讽表演就将意味尽失。^[1]

美国最高法院在一例著作权侵权判例中将滑稽模仿定义为“作者利用他人作品中一些因素创作出来的新作品, 该作品至少部分对他人的作品进行评论”, 在 Campbell v. Acuff-Rose Music 一案中, 明确了模仿、批评或者评论可以主张合

理使用, 美国法院认为, 认定滑稽模仿的关键之处在于它是否进行了转化, 是否“增加了一些新东西、具有更深的目的或不同的特征, 用新表达、含义或信息改变了前作品”。^[1]可见, 构成滑稽模仿, 首先必须是对他人作品的模仿, 主要是借用原作品的题材、人物等内容; 其次, 这种模仿应该是滑稽的、喜剧性的。滑稽模仿往往是在原来作品的基础之上, 通过改变原来作品中的某一部分特征对原作品进行调侃或嘲弄, 或是对一定的社会现象进行评论, 以达到其所追求的幽默讽刺的效果。滑稽模仿中应当包含喜剧性, 但喜剧性并不是唯一因素。它需要有一些批判性的评论或关于原作的一些申明, 以体现滑稽模仿者的创新视角。^[2]其实, 滑稽模仿是在美国宪法第一修正案下, 保护言论自由的一种形式, 它允许艺术家在社会公认的方面对其进行嘲笑、讽刺、批评、评论。作为一种重要的社会评论或社会批判的形式, 成功的滑稽模仿需要满足两个条件: 模仿对象具有明显的特征, 以至于看到滑稽模仿就能联想到被模仿的对象, 同时滑稽模仿又明显地区别于被模仿的对象, 让人很清楚它是一种滑稽模仿。美国第一巡回法院对商标的滑稽模仿作出这样的表述, “模仿必须同时传递两种相互矛盾的

收稿日期: 2009-09-10

作者简介: 徐子越(1984-), 女, 浙江杭州人, 宁波大学法学院硕士研究生。

^[1]参见 Campbell v. Acuff-Rose Music (92-1292), 510 U.S. 569 (1994). 载[2009-06-12]. <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-1292.ZS.html>。

信息：它是原作品；它又不是原作品而是其模仿作品。”^①

二、商标滑稽模仿与合理使用

(一) 商标滑稽模仿构成商标合理使用的理论基础

商标不同于一般意义上的财产，它不是商品、服务的本身，而是商品、服务信息的一种信号，是被生产、销售者用来向消费者传送商品、服务的信息。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。^②言论自由一直以来就是一项神圣不可侵犯的权利，是一项宪法性的权利。随着商品经济的发展，商标权的日益扩大，对自由表达造成了威胁。商标滑稽模仿的现象体现了商标权与言论自由的冲突。商标的财产属性和社会文化属性，孕育了商标权与言论自由的内在冲突，也决定了言论自由成为商标权的限制因素。^③滑稽模仿在美国宪法第一修正案下，它允许艺术家在社会公认的方面对其进行嘲笑、讽刺、批评、评论。

在市场经济与大众传播时代的今天，利用滑稽模仿对社会某些公共形象的模仿、批评或者评论，同样也是难以避免的。滑稽模仿作为合理使用的一种形式，也是保护公共利益的需要所在。当一个单词或者符号等作为商标在一个特定的商品上使用而使其含义变得特定时，它就具有了反映该商品信息的功能。可以认为，商标已经成为消费者广泛接受的获得商品信息的符号。在当代社会生活高节奏的情况下，社会成员已经习惯于尽量快捷地获得信息。在琳琅满目的商品中要选购自己所喜爱的商品，商标正好充当了“商品信息指示器”的作用。^④商标和商品之间的紧密联系，需要通过合理使用制度来向消费者告知商品的不同提供者，保护消费者的利益。

再者，商标的立法目的是，国家从保护消费者的利益出发，通过赋予厂商某个标记的专用权，换取他们对开发产品、拓展市场的信息和投入，从而最终提高社会的生产和生活水平。^⑤即商标法强调的是保护消费者利益。商标与消费者具有特别密切的联系，通过确保消费者免于被混

淆、欺骗，才谈得上商标法的其他一切价值目标。^⑥美国理论界和司法实务界认为，保护公众（消费者）利益是商标法最重要的目标。美国国会在解释《兰哈姆法》时，指出“保护商人的声誉和防止消费者被欺诈，是一种公共利益”，通过为商人提供保护和提高其产品质量的激励，商标法最终惠及公众。^⑦

西班牙版权法学家德利娅·利普希克在其所著的《著作权与邻接权》中，就滑稽模仿是否因复制而侵权的问题，提出了鲜明的观点：“滑稽模仿就是对一部严肃作品的荒唐可笑的模仿。这是一种在内容安排和表现形式上富有独创性的演绎作品”。^⑧可见，滑稽模仿本身是版权法中的一个概念，受版权法中关于合理使用原则的规范，但是由于商标功能的日益扩大，从识别到表彰，商标体现了商品或服务的全部价值。商标的价值完全来自它所标记的商品或服务，是由商品或服务质量建立起来的商誉注入而产生。^⑨企业之间的差异不仅是商标表面上的不同，更多的是体现商标代表的个性、商誉在消费者心理上的影响。美国弗兰克福特法官 1942 年在 *Mishawaka Rubber* 一案^⑩中曾指出：“保护商标是基于法律对于标记的心理功能的认可。因此，即使商标的使用没有造成混淆和误解，但是如果影响了商标的个性，也是会对企业的形象产生不利的后果。^⑪也就是说商标侵权从混淆扩大到了淡化的情形，而淡化会使得商标的显著性和识别性有所削减，商标价值有所减损或者玷污，商标权人的商誉也会因此而受到侵犯。因此，此时判断商标滑稽模仿与商标混淆、淡化之间应当有一定的标准，并非一切滑稽模仿都是合理使用。

(二) 商标滑稽模仿美国法上的实践——以 *Mattel, Inc. v. Mcarecods, Inc* 案为例

在美国，非商业性使用他人的商标进行滑稽模仿是受到法律保护的。第三人可以使用商标所有人的商标，对其产品、服务或其政策进行批评，不管商标所有人是否愿意接受这种批评，其无权禁止第三人在批评中使用其商标。

过去，在一些相当大比例的商标淡化案件

①参见 811 F.2d 33(1st Cir. 1987)。

②参见 H.R.Rep.NO.76-944.at2(1939)。

③参见 *Mishawaka Rubber & Wollen Mfg Co v. SS Kresge Co* 316 US 203(1942)。

中,商标权人已经试图禁止有害的商业性使用损害驰名商标,即使这种使用能够被轻松地解释为“模仿”。然而,2006年美国通过了《2006年商标淡化修正案》(简称TDRA),为滑稽模仿作出了明确的例外。在TDRA的规定中,曾经可能被认定为侵权的滑稽模仿,比起从前,模仿者具有更高的几率逃避严格的司法审判,只要模仿者的滑稽模仿属于非商业性使用。即TDRA将滑稽模仿规定为商标合理使用的一种方式,被告可因此而提出侵权的抗辩。法定合理使用和指示性合理使用以及比较广告属于商标商业性的合理使用,而美国1995年通过(2006年修正)的《联邦商标反淡化法》中明确地把商标滑稽模仿规定为合理使用的情形之一。^[10]

Mattel, Inc. v. Mcarecods, Inc 案^①(以下简称MCA案)是美国商标滑稽模仿较具有代表性的案件。原告Mattel主张被告在其歌曲中使用了“Barbie”的字样,容易造成公众混淆;并且被告的歌词中含有一些对原告的“Barbie”所代表的形象不相吻合的成分,会对其商标造成一定的贬低和污损。被告则以“Barbie”已构成美国文化中的一个代表形象为由,对其滑稽模仿的使用方式主张宪法第一修正案言论自由的保护。加利福尼亚中心区法院和第九巡回上诉法院先后裁定,被告行为不构成商标侵权与淡化。第九巡回法院的法官认为,商标是一个字词,词组或符号,是用来识别制造商或赞助商提供的货物或者服务。这是商标所有人阻止其他人欺骗消费者购买那些误认为是商标所有人或与其有赞助关系的物品。商标的形象告知了消费者所购买货物的来源。基于这一目的,为了避免市场的混淆,商标所有人的财产权利与美国宪法第一修正案配合得很好。在我们的词汇中,商标往往填补了空白,给我们的表达增添了当代的风情。关于混淆可能性的测试,在商标所有人的财产权利和公众的表达利益之间建立合适的平衡。法院指出,罗杰斯标准要求,“只有当避免消费者混淆的公众利益超过言论自由的公众利益时”,法院才能以《兰

哈姆法》规制艺术作品。商标法保护的是来源指示功能,而不是其他。简单地说,无论何时,公众使用其商标而超出其来源识别功能,商标所有人也是没有权利控制公众言论的。^[11]

同时,法院明确了“Barbie”一直标示着理想的美国女人和花花公主,它是美国美少女的象征。Mattel创造出的“Barbie”不仅是一个玩具,而是一个文化偶像。因此,它已经从商标所有人私有的商标转变成了公共形象的标志,不仅仅只是一件商标标识。

(三) 商标滑稽模仿构成合理使用的判断标准

Mattel, Inc. v. Mcarecods, Inc 案中,美国法院认定了被告的歌曲是对原告商标的滑稽模仿,因此可以豁免淡化原告商标的责任。在Cliffs Notes, Inc. v. Bantam Doubleday Dell Publishing Group, Inc 中,美国法院指出“滑稽模仿必须表达原作品和模仿后的作品的信息,如果只表达了原作品的信息,该模仿不仅是一个失败的模仿,而且其在商标法上的地位会很脆弱,因为消费者会因此而被误导。”^[12]因此,如果引起了消费者的误导或者造成了对驰名商标的淡化,那么这就是一个失败的滑稽模仿,并不能以商标合理使用为由提出商标侵权的抗辩。商标滑稽模仿应该遵循一定的标准,把握一定的尺度,不然,一不小心就有可能构成对驰名商标的淡化,侵犯商标所有人的权利。

结合美国法院在裁决有关商标滑稽模仿的案件时应考虑以下因素,^[13]判断商标滑稽模仿是否构成合理使用应该遵循以下几个方面:

首先,构成合理使用应当具备这样一个前提,即必须是在非商业使用上。如果是从商业的角度,模仿他们的商标在一个商业性产品上对一个公司的商标进行贬损性滑稽模仿应该是被禁止的。若滑稽模仿被适用于一般的非商业性的自由言论中,例如:用在一个反对核武器的宣传小册子中(即使其可能引起一定的混淆)也应被许可。^[13]在Starbucks案^②中,法院认为,因为被告

①参见296 F.3d 894 (9th Cir.2002)。具体案情:原告Mattel是特拉华州的一家公司,生产著名的“Barbie”(芭比)娃娃及其他系列玩具,并拥有“Barbie”注册商标。被告为加利福尼亚州的MCA音像公司以及其他几家美国国内和国外的音像公司。丹麦的一个乐队“Aqua”在欧洲发行了一张名为Aquarium(水族馆)的专辑,其中一首歌就叫“Barbie Girl”,并且在歌曲中,两名歌手分别模仿了Mattel娃娃中的Barbie和Ken两个人的形象。“Barbie Girl”在欧洲很快成为流行歌曲并通过被告开始在美国销售。原告向加州一家地方法院起诉被告。

②参见N. D. Cal filed Apr. 28, 2000。

销售了含有商标滑稽模仿的T恤衫和咖啡杯,尽管它明显具有一种评论性质,但仍然构成商业性使用。因此而判决被告侵权。

其次,被告是否属于滑稽模仿。被告在使用原告商标时主观上必须要有滑稽模仿的意图,如果被告使用原告商标的目的主要是为了吸引消费者或提高知名度,没有或者很少有滑稽模仿的意图,那么将构成商标侵权。

第三,这种使用仅仅是模仿,而非作为商标使用,其目的仅仅只是为了对原作品进行调侃或嘲弄,或是对一定的社会现象进行评论,以达到其所追求的幽默讽刺的效果。

第四,从被使用作品的性质上看,滑稽模仿几乎都是使用公众所熟知或表达性强的作品。也就是说滑稽模仿的对象都是一些知名品牌、驰名商标。

第五,也是最重要的一点,滑稽模仿不能给商标所有人造成实质性的损害。即不能造成混淆或者淡化商标的显著性,损害商标所有人的商誉。

三、商标滑稽模仿与侵权的界定

(一) 商标滑稽模仿与混淆

混淆理论和淡化理论是传统的商标法的两大理论。商标混淆理论认为,识别或者区分商品的来源是商标最基本的原始功能。商标法强调的是保护消费者利益。商标与消费者具有特别密切的联系,如何确保商标指示来源的功能,商标使用的行为是否导致消费者可能对商品或服务来源发生混淆是判断商标侵权与否的关键。

在判断滑稽模仿是否构成商标合理使用时,是否造成混淆就是一个判断标准。但是,在美国的司法实践中,大多数法院认为商标滑稽模仿都不存在混淆的可能性。但是,是否构成滑稽模仿就一定不存在混淆或者混淆的可能性?在LV诉HDD案中,上诉法院认为,在判定滑稽模仿是否构成商标侵权时,还需结合该行为“混淆的可能性”方面考察。因为,滑稽模仿分为混淆性滑稽模仿和非混淆性滑稽模仿。^{[14] (262)} 上诉法院认为从六个方面否定了造成混淆的可能性。其中包括了从原被告各自商标的知名度、各自的经营种

类、类别、两者的广告渠道,以及是否有造成混淆的事实存在和被告是否主观上具有造成混淆的故意等方面进行了分析。这也就为我们判断商标滑稽模仿是否造成混淆提供一定的依据。

在滑稽模仿中,如果将原告的商标与毒品、淫秽色情等不良东西产生联系,成立混淆或淡化的可能性就大得多。如在Coca-Cala v. Gemini Rising, Inc案中,^①被告使用原告著名的红白相间的商标及字型“Coca-Cala”,只是把其中的“Cala”换成“ine”,成为“Enjoy Cocaine”。法院最终以两者存在混淆的可能而判定被告构成商标侵权。

(二) 商标滑稽模仿与淡化

商标淡化是指他人使用商标权人的商标,从而削弱商标显著性和识别性,甚至损害商标权人的商誉。在滑稽模仿中,往往对商标是不利的。使用他人的驰名商标,在与商品或服务的销售或提供相关联时有可能构成商标的淡化。美国商标法权威麦卡锡教授认为被用来确定不同的产品,而削减了商标的价值,则会构成淡化。^{[14] (24-120)} 如影片《大腕》中杜撰了大量诸如“666”、“可笑可乐”、“报丧鸟”等商标品牌,这些杜撰的商标可能让观众对现实中的某些知名商标(诸如555、可口可乐、报喜鸟等商标)产生了相应的联想。^[15] 由于人们联想行为的存在,对商标的保护应着重考虑两个方面的问题:一是后来的商标从之前商标的显著性或商誉中获取了不正当利益;二是后来的商标给之前商标的显著性或商誉造成了损害。^[16] 商标滑稽模仿可能会造成商标淡化的情形,消费者会逐渐淡忘该商标,而印象深刻的却是对该商标的滑稽模仿,最终侵害了商标本身以及商标权人的商誉和利益。

TDRA对淡化形式直接明确为两种方式:弱化和玷污。在L.L. Bean, Inc. v. Drake Publishers, Inc案中,^②被告在其出版的杂志中,以卡通的形式描述了原告的商业形象“Poppin Fresh”和“Poppie Fresh”性交姿势。法院判定因为被告的作品将淡化原告商标的显著性程度,构成商标侵权并颁发了禁令。

从商标玷污的角度分析,因为滑稽模仿是利用原商标所进行的批评、讽刺,有时其对商标的

①参见 346F.Supp.1183,1186(E.D.N.Y.1972)。

②参见 625 F. Supp. 1531, 1533-35 (D. Me. 1986), rev'd, 811 F.2d 33 (1st Cir. 1987)。

模仿是通过将商标与某些不健康的甚至违法的物品和场合相联系而实现的。在 *Mutual of Omaha Insurance Co. v. Novak* 案中,^①法官认为:滑稽模仿可适用于一般的非商业性的自由言论中。但在一个商业性产品上对一个公司的商标进行贬损性滑稽模仿是应当被禁止的。

参考文献

- [1] 威廉·M.兰德斯, 理查德·A.波斯纳. 知识产权法的经济结构[M]. 金海军, 译. 北京: 北京大学出版社, 2005: 185.
- [2] 梁志文. 论滑稽模仿作品之合法性[J]. 电子知识产权, 2006(4): 11-15.
- [3] PATRICK D C. Diluting the Commercial Speech Doctrine: Noncommercial Use and the Federal Trademark Dilution Act [M]. Chicago: Chicago University Press, 2004:1 078.
- [4] 邓宏光. 论商标权与言论自由的冲突[J]. 内蒙古社会科学: 汉文版, 2006(1): 24-29.
- [5] 冯晓青. 商标法与保护消费者利益[J]. 中华商标, 2007(3): 23-25.
- [6] 黄晖. 驰名商标和著名商标的保护[M]. 北京: 法律出版社, 2001: 2.
- [7] 德利娅·利普希克. 著作权与邻接权[M]. 北京: 中国对外翻译出版公司, 联合国教科文组织, 2000: 85.
- [8] 刘春田. 商标与商标权辨析[J]. 知识产权, 1998(1): 10-14.
- [9] 崔立红. 论文化意义上的商标使用问题[J]. 科技与法律, 2001(2): 47-52.
- [10] 李明德. 美国知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 2003: 317-318.
- [11] 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.
- [12] 董晓敏. 美国法下对商标的滑稽模仿[C]//郑胜利. 北大知识产权评论: 第1卷. 北京: 法律出版社, 2002: 246-260.
- [13] 武敏. 商标合理使用制度初探[J]. 中华商标, 2002(7): 38-41.
- [14] MCCARTHY J T. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition[M]. Eagan Minnesota United States: Clark Boardman Callaghan, 1998.
- [15] 陈丽娟, 郑光辉. 商标合理使用制度及其立法完善[J]. 福建政法管理干部学院学报, 2005(3): 80-83.
- [16] 万鄂湘. 知识产权法理论与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2005: 340.

Parody in Trademarks

Xu Zi-yue

(*School of Law, Ningbo University, Ningbo 315211, China*)

Abstract: Parody, protecting freedom of speech, first appeared in the realm of the copyright law. Actually trademark parody can be found quite common. Often regarded as a reasonable trademark use, it is an important subject of trademark infringement defense. The expansion of trademark functions has made it an indicator of businesses' credibility, which not only has distinguishing and indicative functions but also is an embodiment of enterprises. Therefore, there should be some criteria by which to judge whether parody can be an absolute defense. Studies on it must be made in terms of the relationship between parody and confusion possibilities, and the relationship between parody and trademark dilution

Key Words: trademarks parody; reasonable use; confusion; dilution

(责任编辑 王 抒)

^①参见 836 F.2d 398,403 (8th Cir. 1987)。