

立足商标 | 服务企业 | 面向社会

中华商标[®]

CHINA TRADEMARK

2022年第 **2** 期 总第294期



2022《中华商标》征订

《中华商标》是中华商标协会主管、主办的我国商标领域代表性的权威专业期刊。《中华商标》国内外公开发行，全年12期、每月25日出版、国际标准大16开，80页。主要栏目设置包括：商标执法与保护，精读商标异议、评审典型案例，判例辨析，法官说商标，审查之窗，地理标志，实务交流，理论研讨，他山之石，基层传真等。

2022年杂志征订工作正在进行中，欢迎各有关单位和广大读者订阅，将订阅回执传真或邮件发送我们，我们将竭诚为您服务做好各项服务工作。



2022年《中华商标》订阅回执单

单位全称		收件人	
单位详细地址		邮编	
联系电话		手机	
纳税人识别号		接收电子发票邮箱	
订阅价格	192元/套/年(16元/本, 全年12期)		如改挂号: 19元/期
订阅费用总计	万 仟 佰 拾 圆		

- 注: 1. 订阅单位除自用外, 也可向指定用户订阅赠阅;
 2. 请填写回执或编辑回执单内容, 连同汇款凭证截图, 发送至: zhsb68036092@cta.org.cn, 杂志为邮政平邮, 如需快速配送请另行支付3元/期, 并备注挂号;
 3. 需要开具增值税普通发票的单位, 填写接收电子发票邮箱地址;
 开具增值税专用发票的单位, 请在邮件中另附相关信息;
4. 户名: 《中华商标》杂志社
 开户行: 工行北京复外支行
 帐号: 0200048509200529372
 5. 地址: 北京市海淀区紫竹院街道车道沟10号院
 《中华商标》杂志社(北方朗悦酒店) 邮编: 100089

封面	75000元/期	彩色单页	20000元/期
封二	50000元/期	彩色双页	36000元/期
扉页	40000元/期	黑白单页	10000元/期
封三	45000元/期	诚信代理	30000元/年
封底	60000元/期	目录刊花	60000元/年
页码广告	90000元/年	内插刊花	2200元/期

虚位以待



联系人: 李晓娟
 电话: 010-68036092
 邮箱: zhsb68036092@cta.org.cn
 传真: 010-68036092

广告招商电话: 010-68031255

中华商标协会业务指导单位：国家知识产权局

主管单位：中华商标协会

主办单位：中华商标协会

编辑出版：《中华商标》杂志社

编辑委员会主任：马夫

社长：南平

副主编：李崇

编辑：马君

广告发行部：李晓娟

编辑部：010-68983165 010-68037835

记者部：010-68983165 010-68031255

广告发行部：010-68031255 010-68036092

活动部：010-68031255 010-68048211

新媒体部：010-68983165 010-68031255

战略合作伙伴： 艾欧史密斯（中国）水系统有限公司

合作伙伴： 中国知识产权商标事务所

智库支持：中国人民大学中国商标品牌研究院

中华商标协会法律顾问：吴新华

杂志社地址：北京市海淀区紫竹院街道车道沟10号院

《中华商标》杂志社（北方朗悦酒店）

邮编：100089

传真：010-68036092

投稿邮箱：China.trademark@263.net.cn

订阅邮箱：zhshb68036092@cta.org.cn

官方微信：中华商标杂志

广告经营许可证：京西工商广字0113号

中国标准连续出版物号：ISSN 1006-7531
CN 11-3655/D

国外总发行：中国国际图书贸易集团有限公司（北京399信箱）

国外发行代号：6447BM

国内总发行：中国邮政集团公司北京市报刊发行局

本刊发行部

订阅：本社或全国各地邮局

邮发代号：82-49

定价：16.00 元

户名：《中华商标》杂志社

开户银行：工行北京复外支行

银行帐号：0200048509200529372

设计印刷：中煤（北京）印务有限公司

著作权使用说明：

凡被本刊录用稿件，均视为稿件作者同意以下条款：

1. 文责自负，作者保证其拥有文章的著作权。

2. 本刊已被中国知网等多家数据库收录，稿件刊发后本刊有权以纸媒体、网络、光盘等各种形式使用文章，中国知网等多家数据库有权通过信息网络传播本刊全文，稿酬与著作权使用费一并支付。如作者不同意数据库收录，请在投稿时说明，本刊将按作者说明处理。

3. 作者不得一稿多投。

目录

CONTENTS

本期聚焦

- 4 体系化视角下奥林匹克标志的《反不正当竞争法》保护 凌宗亮
- 9 奥运隐性营销行为探析 张语桐
- 15 奥运隐性营销的法律规制 潘伟
- 21 奥林匹克标志行政保护的“广州经验” 林郁 刘敬仪

实务交流

- 24 关于企业名称与商标冲突的疑难问题及建议 谢有林

观察与思考

- 27 品牌联名所涉商标法律问题及风险提示 龚秋剑

专栏

判例辨析

- 33 《商标法》第四条“不以使用为目的的恶意商标注册申请”的司法判断 黄涛 仝蕾

法官说商标

- 39 商标撤三制度中“合法使用”之理解 肖俊逸

评案说法

- 44 原料名称是否影响商标侵权的认定
——以江西江中食疗科技有限公司诉泉州市新金佰益食品
有限公司案为视角 胡伟

理论研讨

- 46 地理标志的认定主体探析 周波

商标执法与保护

- 51 德化县市场监督管理局查处违规使用“建党100周年”特殊
标识案 苏瀚华 李志军

“万慧达杯”2021中华商标协会全国高校 商标热点问题征文比赛获奖作品选

- 52 论涉外定牌加工中的商标使用
——基于一种行为与效果的二分思路 李 昊
- 58 商标保护模式下商标新增商誉的保护 徐子淋
- 64 位置商标获准注册的正当性研究 朱冬梅
- 69 商标权善意取得的法理基础与构成要件 钟文渊

品牌视界

- 74 网络时代“梗”营销对品牌的影响
——以服装品牌“李宁”复兴为例 何天怡

简 讯

- 20 国家知识产权局依法打击恶意抢注“冰墩墩”“谷爱凌”等
商标注册
- 57 2022年世界知识产权日主题发布
- 73 “力口力口”攀附“加加”构成对驰名商标的摹仿

环球资讯 79



W 万慧达知识产权
WANHUIDA INTELLECTUAL PROPERTY

专业创造可能®

T: +86 10 6892 1000 | F: +86 10 6894 8030 | E: whd@wanhuida.com
地址: 北京市海淀区中关村南大街1号友谊宾馆附楼写字楼
www.wanhuida.com



超凡CHOFN®
一站式知识产权解决方案专业提供商

通过专业化
实现高质量发展

扫码咨询问题或免费领取热门商标实务课程、案例集、行业报告等。电话: 400-676-2003

4. The Protection of Anti-Unfair Competition Law of Olympic Symbols from the Perspective of Systematization
9. Analysis of Ambush Marketing Behavior of Olympic Games
15. Legal Regulation of Ambush Marketing of Olympic Games
21. "Guangzhou Experience" in the Administrative Protection of Olympic Symbols
24. Difficult Problems and Suggestions on the Conflict between Enterprise Name and Trademark
27. Trademark Legal Issues and Risk Tips in Brand Collaboration
33. Judicial Judgment of "Malicious Trademark Registration Application Not for the Purpose of Use" in Article 4 of the Trademark Law
39. The Understanding of "Lawful Use" of Trademark in the Withdrawal of Three Years System
46. Analysis of the Identification of Subject of Geographical Indications
52. On the Use of Trademarks in Foreign-related Original Equipment Manufacturing
58. The Protection of New Goodwill of Trademark under the Mode of Trademark Protection

编者按：第24届冬季奥林匹克运动会（下称北京冬奥会）2月4日开幕。作为世界级赛事，北京冬奥会是我国重要历史节点的重大标志性活动，保护好奥林匹克标志知识产权是办好北京冬奥会、冬残奥会的重要一环。本期本刊聚焦“奥林匹克标志的知识产权保护”，邀请专家从专业的角度帮助广大读者了解与奥林匹克标志知识产权保护相关的法律法规和有效的保护路径。

体系化视角下奥林匹克标志的 《反不正当竞争法》保护

凌宗亮

奥林匹克标志蕴含着巨大的商业价值，奥林匹克标志能否得到有效保护不仅涉及权利人的合法权益，更关系到奥林匹克运动的健康有序发展。我国一直十分重视奥林匹克标志的法律保护，已经建立了较为完善的法律保护体系。2018年修订的《奥林匹克标志保护条例》在保护奥林匹克标志专有权基础上，增加了对奥林匹克标志的《反不正当竞争法》保护，确立了对奥林匹克标志的知识产权保护、专用权保护以及反不正当竞争保护并行的模式，进一步强化了对奥林匹克标志的保护。如何理解不同法律规定间的关系，依法保护奥林匹克标志权利人的合法权益，是实践中亟需明确的问题。

一、奥林匹克标志的法律保护体系

《奥林匹克标志保护条例》第四条第一款规

定：“奥林匹克标志权利人依照本条例对奥林匹克标志享有专有权。”第六条规定：“除本条例第五条规定外，利用与奥林匹克运动有关的元素开展活动，足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。”第十六条规定：“奥林匹克标志除依照本条例受到保护外，还可以依照《中华人民共和国著作权法》《中华人民共和国商标法》《中华人民共和国专利法》《特殊标志管理条例》等法律、行政法规的规定获得保护。”由此，我国初步确立了较为完善的奥林匹克标志法律保护体系，总体上可以分为三种保护模式，即知识产权保护、专用权保护和《反不正当竞争法》保护。

一是奥林匹克标志的知识产权保护。根据《奥林匹克标志保护条例》第十六条的规定，奥林



匹克标志如果符合著作权、商标权以及专利权的保护条件，可以分别依据《著作权法》等知识产权专门法的规定获得相应保护。例如，奥林匹克会歌、吉祥物图案、徽记、火炬造型等一般都具有独创性，可以获得《著作权法》的保护。相关名称、标志、口号等也可以通过登记备案获得《商标法》的保护。火炬造型等还可以获得《专利法》的保护。

二是奥林匹克标志的专用权保护。在知识产权保护之外，根据《特殊标志管理条例》《奥林匹克标志保护条例》的相关规定，奥林匹克标志权利人对于所有的奥林匹克标志享有专用权。权利人可以授权许可他人使用，也有权禁止他人未经许可擅自以商业目的使用奥林匹克标志。

三是奥林匹克标志的《反不正当竞争法》保护。知识产权保护或者专用权保护只能禁止他人未经许可使用与奥林匹克标志相同或近似标志的行为，对于不直接使用奥林匹克标志，但足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间存在赞助或者其他支持关系的，权利人可以通过《反不正当竞争法》寻求救济。这对于打击针对奥林匹克标志的“隐性营销”行为十分必要。^[1]

二、不同保护模式之间的关系以及边界划定

在《商标法》等知识产权专门法、《奥林匹克标志保护条例》以及《反不正当竞争法》等均对奥林匹克标志提供法律保护的体系化视角下，如何确定不同法律保护奥林匹克标志的行为类型，厘清不同法律规定之间的调整边界，无疑是有效保护奥林匹克标志，打击侵害奥林匹克标志行为的首要前提。

（一）知识产权保护与专用权保护之间的关系

如果相关奥林匹克标志已经取得商标权等知识产权，针对该标志的擅自使用行为，权利人应当依据《商标法》还是《奥林匹克标志保护条例》寻求救济，行政执法以及司法实践对此并不明确。在原告中国奥林匹克委员会与被告汕头市金味食品工

业有限公司侵权纠纷案中，一审法院认为，原告在本案中主张的是国际奥林匹克五环标志的商标专用权。该标志由国际奥委会在中国进行了商标注册，故受我国《商标法》的保护。被告未经许可使用奥林匹克五环标志已构成侵权。二审法院则认为，根据中国奥委会的诉讼请求和本案的事实，可以认定中国奥委会在本案中主张的权利是奥林匹克五环标志的专用权。金味食品公司未经中国奥委会的许可使用奥林匹克五环标志的行为构成侵权，在中国奥委会就侵权行为与其进行交涉后，金味食品公司仍继续实施侵权行为，对给中国奥委会造成的损害后果和不良影响，应承担赔偿责任。^[2]虽然一、二审法院均对奥林匹克标志提供了保护，但保护的法律依据却存在明显不同。一审法院依据《商标法》保护权利人对奥林匹克标志享有的商标权，二审法院则保护权利人对奥林匹克标志的专用权。

综合考虑知识产权保护和专用权保护的法律效力、侵权构成等，《商标法》等知识产权专门法与《奥林匹克标志保护条例》在适用时应当遵循“知识产权保护优先、专用权保护为补充”的思路。即如果奥林匹克标志符合著作权、商标权或者专利权的保护条件，应当优先依据相关的专门法律保护；无法通过专门法保护的，可以依据《奥林匹克标志保护条例》的规定进行兜底保护。一方面，从法律位阶看，《著作权法》《商标法》《专利法》均属于基本法律，而《奥林匹克标志保护条例》则属于行政法规。因此，在二者均对奥林匹克标志进行保护时，应当优先适用基本法律的规定。此时不存在特殊规定优先的问题，因为特殊规定优先于一般规定适用的前提是不同规定处于相同的法律位阶。另一方面，从构成要件看，构成商标权等知识产权侵权的条件要严于《奥林匹克标志保护条例》的规定，构成侵害奥林匹克标志专用权的行为并不一定构成商标侵权，故在此种意义上，商标法等对奥林匹克标志的保护相对于《奥林匹克标志保护条例》反而是一种特殊规定，应当优先适用。



（二）反不正当竞争保护与知识产权、专用权保护之间的关系

关于《反不正当竞争法》与《商标法》等知识产权专门法之间的关系，司法实践中一直存在着争论。有观点认为，在法律适用上，知识产权专门法的规定优于反不正当竞争法，它们之间是特别法和普通法的关系。^[3]这也是司法实践中大多数案件中坚持的观点。在再审申请人广州星河湾实业发展有限公司等与被申请人天津市宏兴房地产开发有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案中，最高人民法院再认为，由于本判决已经认定诉争楼盘名称的使用侵害商标权，对“星河湾”商标的合法权益已经予以了保护，凡是知识产权专门法已经保护的领域，一般情况下，反不正当竞争法不再给予其重合保护。鉴此，本院对再审申请人请求保护其知名商品特有名称权利的诉讼请求不予支持。^[4]学者郑成思先生则认为，《反不正当竞争法》与知识产权专门法是交叉关系，“反不正当竞争，作为立法的范围，会从不同角度与一些其他法律发生交叉，以共同调整市场经济中人与人的关系，诚然，反不正当竞争法与这些不同法律各有自己的管辖区域，但却在各有侧重点的同时，也有交叉点，那种认为法律不可能或不应当交叉，非此即彼的观点，是不符合实际的。……但交叉并不意味着可以互相替代。商标法重在保护注册商标权人的权利、消费者权益保护法重在保护消费者的权利。它们与反不正当竞争法的侧重点是完全不同的。”^[5]于是，有观点提出，《商标法》与《反不正当竞争法》在商标权益保护上，呈并列或同位关系。“两法”之间并无主从关系或一般与特殊关系之别，它们分别有独立的保护对象、规制方式、效力范围和保护重点，各自平行地对商标权益提供不同层面的保护。^[6]就奥林匹克标志的法律保护而言，笔者认为，《反不正当竞争法》和知识产权或者专用权保护之间各自的保护对象存在不同，故属于彼此独立的关系。

一方面，知识产权或者专用权模式对奥林匹克标志的保护主要调整的是将奥林匹克标志作为商业

标志使用的行为，类似于《商标法》中的商标使用行为，是一种标志性使用行为。如果特定的奥林匹克标志已经申请注册为商标，那么《商标法》调整的擅自使用奥林匹克标志的行为应属于商标性使用行为；对于未注册为商标的奥林匹克标志，根据《奥林匹克标志保护条例》第四条、第五条的规定，为商业目的使用奥林匹克标志的行为主要指将奥林匹克标志用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上；用于服务项目中；用于广告宣传、商业展览、营业性演出等商业活动中；销售、进口、出口含有奥林匹克标志的商品；制造或者销售奥林匹克标志等。上述行为总体上均属于将奥林匹克标志作为一种商业标志进行使用的行为。

另一方面，《反不正当竞争法》对奥林匹克标志的保护主要侧重于非标志性使用行为。即并非将奥林匹克标志作为商业标志使用的行为。主要分为两类，一是虽然使用了奥林匹克标志，但并非作为一种商业标志，而是在介绍、描述过程中使用了特定标志。例如，“某某企业为北京冬奥会加油”，虽然其中也出现了北京冬奥会字样，但该种使用并不是将其作为商业标志使用，而是在描述性意义上使用；又比如将奥林匹克标志作为企业名称中的字号、作为域名使用等，均不属于作为商业标志进行的标志性使用行为。二是未使用奥林匹克标志，而是使用了相关的元素，但容易产生误认的行为。也就是《奥林匹克标志保护条例》第六条规定的内容。实践中，有观点将《反不正当竞争法》对奥林匹克标志的保护归结为隐性营销行为或者间接侵权行为。“依据使用奥林匹克标志的目的、手段和关联性暗示的不同，分为直接使用奥林匹克标志构成的侵权和间接使用奥林匹克标志构成的侵权。”^[7]但隐性营销毕竟属于商业术语，并非法律概念；而直接侵权和间接侵权的区分，传统民法理论已有定论，反不正当竞争法对奥林匹克标志的保护显然并非属于间接侵权的范畴。事实上，无论是隐性营销行为，还是“间接使用奥林匹克标志”的行为，本质上均属于非标志性使用行为，即并非直接将奥林



匹克标志作为吸引消费者的商业标志使用，而是在其字面意义或者描述性的使用。

三、奥林匹克标志《反不正当竞争法》保护的类型化

将奥林匹克标志作为商业标志使用的行为，法律适用相对较为明确，权利人依据《商标法》等知识产权专门法或《奥林匹克标志保护条例》的规定可以获得保护。但对于奥林匹克标志的《反不正当竞争法》保护而言，由于《奥林匹克标志保护条例》第六条仅仅规定了引致关系，即构成不正当竞争的，依照《反不正当竞争法》处理，但并未明确具体可以适用的法律条款，故有进一步探讨的必要。笔者认为，擅自利用奥林匹克标志或者元素的行为可能会构成如下不正当竞争行为：

（一）容易导致混淆的非标志性使用行为

行为人虽然没有将奥林匹克标志作为商业标志使用，但其在广告宣传中描述性使用奥林匹克标志的行为，如果容易使得相关消费者认为其与奥运会举办方存在授权或者赞助关系的，权利人可以依据《反不正当竞争法》第六条第四项的规定寻求救济，该行为属于“其他足以引人误认为与他人存在特定联系的混淆行为”。例如，将奥林匹克标志用作企业名称中的字号、用在域名中或者作为搜索关键词等行为，都可能构成引人混淆的不正当竞争行为。与一般意义上仿冒混淆不正当竞争行为主要基于对商品或服务的来源混淆不同，基于奥林匹克标志而产生的混淆主要指的是授权或者赞助关系。鉴于奥林匹克标志不仅具有重要的商业价值，还承载着极强的文化传播价值。在认定特定的非标志性使用行为是否构成不正当竞争时，应当重点从主客观两个方面进行权衡。主观上判断使用人是否具有搭便车谋取不正当竞争利益的意图，还是仅仅表达对奥运会的支持和热爱；客观上重点考虑相关消费者是否容易产生混淆误认，即相关行为是否会造成误导公众的不良后果。“奥林匹克权利人对奥林匹克标志

的专属权不是无限的。即使是以商业使用为目的，只要在营销中没有暗示自己取得了有关奥林匹克权利人的授权或者同奥林匹克运动有直接联系，那么这种营销手段就是合法的。”^[8]

（二）虚假或引人误解的商业宣传行为

《反不正当竞争法》第八条第一款规定：“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。”利用与奥林匹克运动有关的元素开展活动，如果存在捏造虚假事实或者片面陈述事实，欺骗误导消费者的，权利人或者相关的受到损害的赞助商，也可以依据上述规定寻求救济。虚假或者引人误解的商业宣传行为与第六条规定的混淆行为，最终的后果可能都是容易引起相关公众认为行为人与奥运会举办者存在授权或者赞助关系，因此二者如何区分，实践中可能会存在一定的争议。笔者认为，区分混淆行为和虚假宣传行为的关键在于除了利用奥林匹克标志或者有关的元素之外，是否存在捏造虚假或片面事实陈述的行为。如果存在，那么行为人应当构成虚假或引人误解的商业宣传行为，否则，应构成第六条规定的混淆行为。例如，行为人宣传其属于奥运会赞助商，但事实上并不存在赞助关系，或者行为人仅仅是普通赞助商，但其宣称系独家赞助商。上述宣传行为均构成虚假或引人误解的商业宣传行为。

（三）其他不正当竞争行为

《反不正当竞争法》第二条还可以为奥林匹克标志提供兜底保护。即使被诉行为无法纳入《反不正当竞争法》第六条或者第八条的调整范畴，但如果明显违反公认的商业道德，权利人仍可以通过一般条款追究行为人的不正当竞争责任。1996年亚特兰大奥运会时，Reebok公司是赞助商，Nike公司虽然未提供赞助，但其买断了亚特兰大奥林匹克公园周边的所有户外广告牌，并在赛场外进行大规模的营销活动，这使得Reebok公司的赞助利益大大受损，并最终退出了2000年悉尼奥运会的赞助。^[9]对于上述行为，Nike公司虽然并未使用奥林匹



克标志或者有关的元素，但其行为明显违背公认的商业道德，类似行为如果发生在我国，权利人或者赞助商可以依据《反不正当竞争法》一般条款维护自身合法权益。

四、余论

奥林匹克标志的《反不正当竞争法》保护可能还涉及权利人主体资格的问题，即《反不正当竞争法》调整竞争者因市场竞争产生的法律关系，奥林匹克标志的权利人由于并非市场经营者，被诉行为人可能会提出抗辩认为权利人无权提起不正当竞争之诉。但随着反不正当竞争司法以及执法实践的不断发展，对竞争者以及竞争关系的界定已经采取扩展解释的路径。“反不正当竞争法上的经营者，或者不正当竞争的行为人，实质上应当包括参与或者影

响市场竞争的任何人。”^[10]奥林匹克标志的权利人虽然并不直接参与市场竞争，但其对外开展的授权活动直接影响相关市场的竞争，故可以认定为《反不正当竞争法》上的经营者，对于针对奥林匹克标志实施的引人误解的行为，权利人有权依据《反不正当竞争法》的相关规定维护自身合法权益。鉴于对奥林匹克标志的知识产权或者专用权保护相对比较明确，权利界定较为清晰，特别是随着宣传和执法力度的不断加大，对于直接侵害奥林匹克标志知识产权或者专用权的行为，侵权人可能还会有所忌惮，但利用奥林匹克标志打擦边球的不正当竞争行为，由于边界不明，存在一定的模糊地带，反而可能成为侵害奥林匹克标志的高发区，因此，相关部门有必要加大奥林匹克标志《反不正当竞争法》保护相关的执法和宣传力度，为北京冬奥会的成功召开营造良好的保护范围。

作者系上海知识产权法院审判员，法学博士

注 释

[1] 隐性营销，是指个人或者组织在未取得奥运会官方赞助商资格时，暗示或者明示其与奥林匹克运动会官方组织或者该组织举办的相关活动以及奥运会具有不存在的商业联系，或者具有一定商业联系但是超越授权的营销宣传活动。参见吴文斌：《2022年北京冬奥会隐性营销问题研究》，载《四川体育科学》，2019年第2期，第14页。

[2] 参见北京市第一中级人民法院（1998）一中知民初字第93号民事判决书。北京市高级人民法院（1999）高知终字第32号民事判决书。

[3] 参见韦之：《论不正当竞争法与知识产权法的关系》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》，1999年第6期，第29页。

[4] 参见最高人民法院（2013）民提字第3号民事判决书。

[5] 郑成思：《反不正当竞争与知识产权》，载《法学》，1997年第6期，第54页。

[6] 郑友德、万志前：《论商标法和反不正当竞争法对商标权益的平行保护》，载《法商研究》，2009年第6期，第95页。还可参见钱玉文：《论商标法与反不正当竞争法的适用选择》，载《知识产权》，2015年第9期。刘丽娟：《论知识产权法与反不正当竞争法的适用关系》，载《知识产权》，2012年第1期。

[7] 柴思、殷积松：《试论我国企业滥用奥林匹克标志问题及其法律规制》，载《求是学刊》，2008年第4期，第84页。该文认为间接侵权是指未经授权的企业为了获得潜在商机而采取较为隐蔽的手段侵犯奥林匹克标志，并借此使消费者误以为其与奥运会存在某种关联的非法行为。间接侵权行为分为隐蔽使用奥林匹克标志构成的侵权和变相使用奥林匹克标志构成的侵权。

[8] 裴洋：《论奥林匹克标志的法律保护》，载《法学评论》，2008年第2期，第157页。

[9] 参见胡峰、张振宇：《论奥运会隐性市场行为的法律规制》，载《武汉体育学院学报》，2006年第4期，第29页。

[10] 孔祥俊：《反不正当竞争法新原理—总论》，法律出版社2019年版，第186页。



奥运隐性营销行为探析

张语桐



知识产权保护历来是奥运会主办方的重要任务与工作职责。在每届奥运会的主办城市合同中，国际奥委会会对主办国与主办城市的知识产权保护工作提出专章要求。隐性营销因其隐蔽性，在具体的执法行动中经常不易被识别，对奥运品牌价值以及主办方的市场开发产生负面影响。近年来，隐性营销行为越来越受到重视，奥运会主办城市合同对其规制的内容与篇幅也逐渐丰富。随着2022年北京冬奥会的日益临近，隐性营销行为出现的可能性大幅提高。北京冬奥组委近期也对此做出表态：“应严厉查处侵权，坚决制止隐性营销。”^[1]

本文首先基于《主办城市合同》以及与奥运相关的规章条例等对隐性营销行为的定义进行明确，以期厘清隐性营销行为的边界。在此基础上，依据我国现行法律，对隐性营销行为的法律规制进行逐一分析。最后，针对隐性营销的司法与执法路径进行讨论，对可能涉及的相关方采取何种法律救济途径作出探讨。希望本文可以对经营者做好知识产权合规，避免隐性营销法律风险有所助益。

一、隐性营销的定义与辨析

隐性营销（Ambush Marketing），英文原意为“伏击营销”，又称“隐性市场开发”“隐形营销”等，其本身并非法律词汇，更多是国际通行的概念描述，一般指与赛事无合同关系的非赞助商第三方，通过营销活动使消费者将之识别为赞助商从而“分享”官方赞助权益的商业行为。此类营销行为使得消费者对于赞助商是否与赛事存在关系产生不确定性，从而降低赞助的价值。长远来看，隐性营销将会降低赛事的赞助吸引力以及市场价值。奥运会因其巨大的商业价值与影响力，最容易遭遇隐性营销，因此国际奥委会对隐性营销的重视程度也非同小可。因为本文以奥运语境下的隐性营销进行讨论，所以选择以奥委会对隐性营销的定义作为后续分析的基础。在国际奥委会与北京冬奥组委签订的《主办城市合同》（Host City Contract）中，隐性营销被定义为：“所有故意或非故意，与奥林匹克运动或奥运会产生错误或未经授权的商业联系的行为，无论其行为是直接或间接”^[2]。

依据该定义，我们可以推知以下隐形营销的关键要素：1、主观意图不影响隐性营销行为的构成，即无论故意或非故意，都可构成隐性营销；2、隐性营销可以来自于错误或者是未经授权的商业联系，即只有行为是经过合法授权，且行为边界完全在授权范围内，才不会被认定为隐性营销；3、即使采用间接行为，而非直接行为的方式，如概括总结赛事精神或宣传用语，并据此建立关联，让人们产生联想，并不会影响隐性营销行为的认定；4、是否因此



获得商业利益，不影响隐性营销行为的认定。相较于常见的隐性营销概念，奥委会的定义显然边界更广，尝试覆盖更多的行为类型，以提高知识产权保护的力度。在一般的行政处罚或者诉讼程序中，因为经营者往往会主张其行为并非故意，或没有获得商业利益等抗辩，以规避法律管控。但是国际奥委会通过与主办城市签署《主办城市合同》的方式，将各国/地区的反隐性营销的保护力度拉平，最终实现对奥运相关知识产权与赞助商合法权益的周全保护。当然，从法律层面来看，《主办城市合同》属于特定主体之间的协议，并不能直接约束第三方。但是主办城市因履行义务的需要，会相应地采取法律措施，包括与行政执法机构等加强合作，以确保对隐性营销的打击。

在奥委会对隐性营销定义的基础上，我们从法律角度对该行为覆盖的类型进行辨析。当前在法律领域，并没有专门有关隐性营销的立法。但是在司法实践，对隐性营销的规制主要通过现行的知识产权专门立法、《反不正当竞争法》以及针对奥运会制定的专门规定来实现的。如果直接使用奥运标志，可能涉及侵害商标权、著作权、外观设计权等，相应地适用《商标法》《著作权法》等法律法规。如果隐性营销并没有直接使用奥运标志等，仅是通过暗示的方式使得公众认为该主体与奥运会存在特定联系，则可以依据《反不正当竞争法》予以保护。在行政执法中，隐性营销视情况也可能涉及《广告法》下的法律责任。

根据我们总结，当前隐性营销的典型行为主要包括以下类型：

1. 使用奥运要素，如利用奥运设施形象、奥运场馆形象等要素作为广告背景打出企业标识、开发类似奥运设施的产品等。
2. 在赛事场所外围制造声势，如在靠近比赛的地点发放传单或宣传小册子，张贴宣传画，立广告牌等。
3. 绕过赛事本身，不与赛事主办方或者组织者签署合同，而是直接赞助参赛运动员或媒体。例

如，2000年悉尼奥运会，虽然耐克作为奥运会主赞助商赞助比赛服装，但是阿迪达斯从澳大利亚游泳队和明星运动员索普身上寻求营销突破口：在游泳比赛后的颁奖典礼中，明星运动员索普在耐克队服外披了条带有阿迪达斯标识的毛巾，使公众误以为阿迪是官方赞助商，抢夺了观众的关注。与之类似，2020年东京奥运会男子足球决赛中，巴西男子足球队获得奥运金牌，但巴西队员在上台领奖时将匹克体育用品有限公司赞助的官方领奖服系在腰间，以极其非正式的形象亮相，使得上衣左胸处的耐克公司的图标为观众所看到，损害了匹克公司的赞助利益。

4. 以迂回方式建立关联关系，如非赛事赞助商通过提炼体育竞赛的激情、荣誉、奋斗、和谐的传播元素，并利用这些元素举行的活动，建立一种关联，让人们产生联想，而形成隐性市场行为。例如，在广州举行的第九届全国运动会举办前，某企业购买了一大批“九运”纪念品作为赠品赠送给购买其产品的顾客，使得不少人误认为纪念品是由组委会回赠赞助商再转赠顾客使得其产品销量大增。

5. 由隐性经营者购买门票分发给员工，由员工以普通观众身份进入体育赛场，在赛场观众席上展示企业名称或企业商标，特别是利用电视转播扩大企业影响。比如要求员工观看比赛时要穿带有企业标志的服装，在比赛过程中打出“某某企业祝某某比赛成功”之类的标语，通过电视转播获得宣传效果。

二、隐性营销的法律规制

针对隐性营销行为，学界和实务界一直存在加强隐性营销立法的呼声。¹³根据《主办城市合同》，北京冬奥组委应当自合同生效起两年内，为所有的奥林匹克财产提供必要的法律保护，这其中就包括反隐性营销行为的法律保护。同时，对隐性营销进行打击也是主办城市的义务。

在此背景下，除了行政执法层面加强对隐性营



销行为的执法力度，我国还对相关法律法规进行修订，以明确隐性营销行为的法律适用，同时履行北京冬奥组委对反隐性营销的承诺。

通过对现行规范体系的梳理，我们认为依据现行法律法规，我国目前形成了包括《奥林匹克标志保护条例》（以下简称为“条例”）、《反不正当竞争法》、《特殊标志保护条例》和知识产权专门法在内的综合法律规章保护体系，以实现隐性营销行为的法律规制。尽管该体系可以实现规制隐性营销的效果，但是与国际奥委会的前述隐性营销规制要素之间并非完全一致。例如国际奥委会强调不论主观意图、是否获得商业利益，均不影响隐性营销的行为定义，在我国的现行规制体系中没有得到充分体现。

（一）《奥林匹克标志保护条例》

在《条例》第5条^[4]中规定了不得以商业目的使用奥林匹克标志，第6条^[5]在第5条的基础上，对“利用与奥林匹克运动有关的元素开展活动，足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系”的行为作出规定，一旦其构成不正当竞争行为，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。

结合《条例》第4、5、6条进行整体分析，首先，第4条^[6]明确任何人不得未经许可，为商业目的使用奥林匹克标志，其次，第5条对“商业目的使用”进行列举阐述。在前两条的基础上，第6条作为兜底性条款，将违法行为类型扩展为利用“奥林匹克运动有关的元素开展活动”，而不仅限于使用奥林匹克标志等知识产权保护客体。同时，将《条例》与《反不正当竞争法》进行衔接，前述行为如果达到引人误认效果的，按照《反不正当竞争法》进行处罚。

我们认为该条法规的设计符合国际奥委会对隐性营销行为规制的初衷，换言之，对于明确侵犯奥林匹克标志等知识产权保护客体的行为，可以直接适用《商标法》等法律法规，而对于无法直接通过知识产权单行法律法规条款予以解决的其他隐性营销行为，以《条例》第6条进行兜底，进而衔接至

《反不正当竞争法》，对被侵犯合法权益的相关方予以保护。根据官方对《条例》修订的解读，也可以与我们的观点相验证，即第6条的目的在于打击隐性营销行为。^[7]

另外，在现实中，隐性营销行为往往具有隐蔽性、多样性与创新性，行为的损害结果也具有聚合性。比如，未经授权主体使用奥运相关标志进行营销，如果只能以《商标法》作为权利基础，那么意味着其同行业获得授权的竞争者，就很难提起相应的诉讼。而隐性营销的受害者除了奥运会主办方之外，还包括奥运会的官方赞助商。适度扩大打击隐性营销的有权主体，将有助于实现更好的效果。当然，在这种情况下，如何避免对同一行为的重复评价，可能需要奥运会主办方与授权赞助商之间的协商与配合。

（二）《反不正当竞争法》

如前所述，《条例》为隐性营销的规制搭建了法律的桥梁，真正发挥效果的条款在于《反不正当竞争法》。与隐性营销相关的法条主要为《反不正当竞争法》第6条^[8]和第8条^[9]。学界对这两条法律的适用问题已经有了一些成果，如有学者认为第8条虚假宣传的适用范围较窄，仅适用于经营者宣传其产品性能等特性时使用奥林匹克元素，其余情形应当适用第6条第4项的兜底条款进行处理。^[10]

当前，《反不正当竞争法》第8条虚假宣传的适用边界相对比较清晰。同时，在能够利用第6条混淆行为的规定开展司法或者执法活动时，奥运相关权利方和执法机关使用第8条的意愿并不强烈。《反不正当竞争法》第6条要求经营者不得实施混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。结合隐性营销在《主办城市合同》中的定义，混淆行为相对较好地涵盖了隐性营销行为，也就是经营者希望通过利用奥林匹克元素开展活动，使消费者认为自己的产品或服务与奥运会之间存在商业联系。

混淆行为的认定，尤其是第6条第4款兜底条款，诚然在实践中存在着解释的空间，篇幅所限本文在此不做累述。简而言之，其核心问题在于，经



营者的行为达到何种程度,才足以达到引人误解存在特定联系。在隐性营销的处理上,这一问题的难度可能反而较小。首先,因为奥运会作为全球最为重要的赛事,在消费者中的知名度极高,且奥运会本身就存在大量的赞助商与合作方,知名度越高,应获得保护的相应范围更广。因此,经营者的混淆行为能够较为容易的实现引人误认的效果,原告对“混淆”的举证会较为轻松。其次,法律解释与适用层面,在目前严厉打击隐性营销的背景下,一旦确定经营者不具有奥林匹克相关知识产权的合法授权,执法机关对经营者可能构成混淆行为的营销行为,通常会选择予以打击。因此经营者在采用可能触及隐性营销行为的活动时,应当予以谨慎,充分考量平衡潜在的法律风险与可能的商业收益。

此外,近些年来,随着《反不正当竞争法》第二条作为兜底条款在不少案件中发挥了实质作用,在民事诉讼中,对于层出不穷的隐性营销行为也可以视其具体情况以《反不正当竞争法》第二条这一原则条款作为适用依据。

如前所述,对于能够被《中华人民共和国商标法》《特殊标志保护条例》《中华人民共和国广告法》等具体法律规范所明确规制的侵权行为,本文在此不做具体讨论。简而言之,可以综合适用各相关法律法规以制止与隐性营销有关的侵权行为。

三、隐性营销的司法与执法

(一) 民事诉讼

民事诉讼的司法解决路径,是打击隐性营销行为的重要方式,其中根据参与方的不同,可以诉请的内容与依据也有所不同。概括来看,主要有两类民事诉讼:1、奥委会或冬奥组委等享有专有权的组织,在与作为赞助商/合作伙伴的经营者等相关方签订的合同中,往往会对相关方进行合同条款上的约束,如常见的条款包括“无市场开发权”或仅有“特定市场开发权”,除此之外,会禁止相关方从事隐性营销行为。因为在合同中禁止相关方开展隐

性营销,一旦相关方违反合同条款,专有权人可以直接依据合同条款诉请违约并追究其责任。在这种情况下,主要针对的是合同相对方超出授权范围的营销行为。2、合法享有相关授权或许可的经营者,他们对竞争对手采取的隐性营销行为,可以依据《反不正当竞争法》与《条例》相结合的体系,要求竞争对手承担《反不正当竞争法》下的法律责任。

目前,国内涉及到隐性营销的民事诉讼数量仍然较少,本文仅以广东大哥大集团、三六一度公司侵害商标权纠纷再审一案的法院裁判^[1],进行简要分析。本案中基本事实是原告广东大哥大集团为广州亚运会正装制服独家供应商,但是被告三六一度公司在发布的新闻报道中仅提到自己“打造亚运会制服”,并引用开幕式上裁判员代表身着佩戴有三六一度商标正装制服的图片,广东大哥大集团遂以三六一度公司构成商标侵权及不正当竞争行为为由将三六一度公司诉至广州市天河区人民法院。经过一审、二审败诉后,在再审中广东大哥大集团提出三六一度公司违反隐性市场义务以及构成不正当竞争的主张。

广东省高级人民法院首先针对反隐性市场义务(即反隐性营销)进行分析,提出原告提出的反隐性市场义务来源于其与第16届亚运会组委会、亚洲奥林匹克理事会之间的合同约定,属于合同法律关系,因未在本案提出其他诉讼请求,所以不予审理。尽管法院没有进行实质审理,但是该诉讼请求恰好符合前述第一类民事诉讼,即如果合同有约定,可以依据合同法律关系对隐性营销行为提出诉请。

其次,针对反不正当竞争的主张,因为行为发生在2010年,所以适用1993年《反不正当竞争法》第9条虚假宣传进行分析裁判。法院认为“结合整个发布仪式的内容和形式,不足以认定以上宣传会引起相关公众的误解,不足以认定为虚假宣传。”虽然法院没有支持原告的主张,但是其分析过程与前述隐性营销的法律规制路径在实质上相类似。考虑到行为发生时,《条例》与新《反不正当竞争法》的相关条款还未生效,所以在未来的涉奥隐性营销



判例中，我们应该可以观察到更多的适用《条例》与《反不正当竞争法》相结合进行裁判的分析思路。

在三六一度公司与大哥大公司另一起诉讼中，在该案中，二者同为2012年“海阳亚沙会”的服装赞助商，三六一度公司将涉及大哥大公司的照片发布于互联网平台上，且未给予标识或说明。大哥大公司以侵害著作权以及不正当竞争为由将三六一度公司起诉至法院，二审法院经审理认定：对于具有普通知识和认知水平的公众而言，可能会对互联网内容所传递的信息产生误解，将大哥大公司设计制作的正装、礼仪服装误认为系三六一度公司设计制作。由于三六一度公司涉案行为产生的误导性后果，可能降低大哥大公司试图利用赞助“亚沙会”等体育赛事来提升企业的曝光度、知名度以及帮助提高大哥大公司的商品销售数额等商业目的。三六一度公司的行为不符合公平竞争的市场秩序与公认的商业伦理，损害了大哥大公司的合法权益，应认定构成不正当竞争。三六一度公司被认定构成虚假宣传的不正当竞争行为。^[12]该案判决中虽然没有直接提及隐性营销，但涉案行为实际上属于一类隐性营销行为，也落入了《反不正当竞争法》的适用范围。

（二）行政执法

除了通过司法途径解决隐性营销问题，行政执法同样是打击隐性营销的重要手段。在2008年北京奥运会中，执法机关曾经集中对隐性营销行为开展过执法活动。对于执法而言，执法机关参考前述法律规制路径，同样可以采取《条例》与《反不正当竞争法》相结合的方式，对违法经营者做出处罚。此外，在特定的赛事举办期间，主办城市或者主办方可以专门针对隐性营销发布保护规定，进而与行政执法机关等合作，在赛事期间加大保护力度。

2014年南京青奥会期间，中国联通江苏分公司在其微信、微博公众平台直接发布的与南京青奥会相关的报道，南京工商局认为该公司构成隐性市场行为，即有意或无意与青奥会、青奥会标志、南京

青奥组委构成虚假或未经授权关联，直接或间接产生了为其公司形象和产品品牌作宣传的效应。执法机关遂依据《南京青年奥林匹克运动会知识产权保护规定》进行处罚^[13]。在本案中，虽然执法机关执法依据并非《条例》或《反不正当竞争法》，但是适用《南京青年奥林匹克运动会知识产权保护规定》进行分析要件，与奥委会对隐性营销的定义要素完全吻合。因此，在冬奥举行期间，执法机关按照前述《条例》与《反不正当竞争法》结合的处罚思路展开行政执法应该不存在法律阻碍。

我们注意到，针对2022年北京冬奥会的保护，国家知识产权局、市场监管总局共同印发《北京2022年冬奥会和冬残奥会奥林匹克标志知识产权保护专项行动方案》，并表示“从严处置侵犯冬奥会知识产权违法行为”^[14]。虽然行政执法一直以来存在着行为危害性与执法成本的平衡问题，即对于危害性较小且执法成本较高的违法行为，执法机关通常不会大规模的积极处罚。但是对于冬奥的隐性营销问题，执法成本可能不再是考量的首要因素，确保对隐性营销行为的充分打击会成为执法机关的重要任务。

除了上述发现隐性营销后可以采取的行动之外，对于冬奥会赞助商/合作伙伴而言，也应当积极做好事前监测与预防工作。对于隐性营销的高发期间（比如奥运会的前夕、开闭幕式、明星运动员比赛期间、中国队夺金高峰时段、运动员凯旋欢迎仪式和庆功会等时间点），冬奥会赞助商/合作伙伴可以选择与第三方监测机构、外部律师事务所共同对侵权线索进行监控与固定，并采取相应的法律行动。

四、结语

隐性营销脱胎于商业，但受制于法律。在迎接2022年北京冬奥会的关键时点，赞助商希望保护自己冬奥会的赞助利益，一部分竞争对手毫无疑问也想要抓住重要赛事举行的机遇，提升品牌影响力。在此过程中，经营者需要重点关注隐性营销的法律风险，在实现商业意图的同时，守好合规经营



的底线。已经与冬奥组委签订赞助协议的赞助商或者合作伙伴，除了根据协议积极开展营销活动以外，还应关注同行业竞争对手的“隐性营销”，做好提前预防监控。在面对“搭便车”的隐性营销行为时，更应注意与冬奥组委加强沟通，并在现行的

法律体系中综合利用行政、民事等各种措施及时遏制与隐性营销有关的侵权与不正当竞争行为，依法捍卫自己的合法权益。

作者单位：北京市海问律师事务所

注 释

[1] <http://home.xinhua-news.com/gdsdetailxhs/share/10302712-?pageflag=iframe>。

[2] Host City Contract, Section 44(b): “Ambush Marketing” shall be interpreted as including all intentional and unintentional attempts to create a false or unauthorized commercial association (whether direct or indirect) with the Olympic Movement or the Olympic Games.

[3] 崔汪卫：《奥运会网络隐性营销法律规制研究》，《体育科学》，2020年（第40卷）第11期，第89页。

[4] 《奥林匹克标志保护条例》第5条：“本条例所称商业目的使用，是指以营利为目的，以下列方式利用奥林匹克标志：

- （一）将奥林匹克标志用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上；
- （二）将奥林匹克标志用于服务项目中；
- （三）将奥林匹克标志用于广告宣传、商业展览、营业性演出以及其他商业活动中；
- （四）销售、进口、出口含有奥林匹克标志的商品；
- （五）制造或者销售奥林匹克标志；
- （六）其他以营利为目的利用奥林匹克标志的行为。”

[5] 《奥林匹克标志保护条例》第6条：“除本条例第五条规定外，利用与奥林匹克运动有关的元素开展活动，足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。”

[6] 《奥林匹克标志保护条例》第4条：“奥林匹克标志权利人依照本条例对奥林匹克标志享有专有权。未经奥林匹克标志权利人许可，任何人不得为商业目的使用奥林匹克标志。”

[7] <http://www.olympic.cn/e-magazine/1808/2018/0822/181565.html>。

[8] 《反不正当竞争法》第6条：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：

- （一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；
- （二）擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等)；
- （三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；
- （四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。”

[9] 《反不正当竞争法》第8条：“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。经营者不得通过组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。”

[10] 宋雅馨：《奥林匹克标志反隐性营销的法律保护》，《知识产权与市场竞争研究》2019年第1期，第133页。

[11] 参见（2019）粤民申2093号民事裁定书。

[12] （2014）闽民终字第680号民事判决书。

[13] 参见鼓工商案〔2014〕02665号行政处罚决定书。

[14] https://www.163.com/gov/article/GQP4H1AP002398HK.html?clickfrom=w_gov。



奥运隐性营销的法律规制

潘伟

隐性营销问题一直是历届奥运会主办国在奥林匹克标志保护方面的重点和难点。随着2022北京冬奥会的举办，“蹭热度”的营销现象愈加受到关注，有效制止隐性营销行为，净化奥运市场的任务重要性凸显。本文拟结合相关法律规定，对如何规制奥运隐性营销进行探讨。

一、隐性营销行为的界定

隐性营销，英文为Ambush Marketing，是指一些公司作为非赞助商，将自身的产品或服务与某一重大社会活动相联系，以期在无需花费赞助费用前提下获利的营销策略。^[1]它本质上并非法律用语，而是在奥林匹克运动发展过程中产生的一种市场营销行为。众所周知，奥林匹克营销主要包括门票销售、特许经营权、赞助权、电视转播权等。由于奥林匹克名称、标志蕴含着巨大的商业价值，能够为国际奥委会带来丰厚的利润，《奥林匹克宪章》中有多个条款通过保护国际奥委会对奥林匹克财产的专用权及允许国际奥委会采取适当措施保障奥林匹克财产在各国和国际上获得保护。历届奥运会上，某一类产品或者服务通常仅有一家赞助商，因此获得赞助商资格需要支付高昂的赞助费用，只有极少数企业能够成为奥运会的赞助商。在这种情况下，一些非奥运赞助商不甘示弱，“打擦边球”，刻意地与奥运会制造某种联系，从而提升自身商誉。这种“有意或者无意的企图制造或利用伪造的和未经许可的与奥林匹克运动和奥运会的商业合作”的行为被国

际奥委会认定为隐性营销行为。^[2]广义的奥运隐性营销行为既包括直接利用赛事标志、口号、名称等建立联系的行为，也包括利用奥运元素“搭便车”的行为。

二、隐性营销的规制体系

历史上曾经出现过多次著名的奥运隐性营销事件。最早的据说是1932年洛杉矶奥运会期间，赫姆斯面包房赢得了为奥运会运动员村提供所有糕点面包的独家权利，另一家面包房韦伯则通过向其中一个国家代表团提供面包，赢得了促销优势。2006年耐克广告案也是典型的隐性营销事件。耐克并非奥运会的赞助商，但是其设计发布了九条“伟大”广告，例如“伟大并不仅仅存在于SW19”，很显然是在说温布尔顿球场。因为温布尔顿的邮编正是SW19，而温布尔顿球场承担着奥运网球赛的任务，还有“伟大并不需要国歌的衬托”以及“伟大并不需要在场馆证明”等。^[3]很显然，这些都是商家为了“蹭热度”而精心设计的营销方式，目的无非是借助奥运会提升企业的市场影响力，从而进一步提高自身竞争优势。

国际奥委会一直致力于通过《奥林匹克宪章》第40条解决这一问题。自1991年至2015年逐步将各国代表队的全体人员纳入了广告规制范围，即除非获得国际奥委会执委会的批准，任何参加奥运会的运动员、代表队官员或者其他人员，在奥运会期间都不得将其本人、名字、照片或者运动成绩供广告



用途。^[4]这一规定体现在参赛资格的相关章节中，充分表明国际奥委会对赞助商权益高度重视和保护。国际奥委会在2018年平昌冬季奥运会市场报告中指出，如果没有奥林匹克广播和市场赞助商的赞助和支持，奥运会的举办是不可能的。因此国际奥委会将非常严肃地对待隐性营销行为，和各国奥委会及主办方一起在赛前告知每个市场参与者本次比赛赞助商的名单，以及隐性营销危害奥运比赛的原因。^[5]

历届奥运会主办国为制止隐性营销行为采取了不同的方式，有的国家适用传统的商标法、不正当竞争法，有的则采用专门立法的形式。例如，法国作为1992年冬奥会的举办国，依据法国知识产权法典处理相关案件。在“Olimprix”案件中，法国法院认为，虽然标志构成近似，但仍不构成商标侵权。在新西兰“ring ring case”中，新西兰法院认定涉案广告与奥林匹克没有实质联系，读者不会认为新西兰电信与奥林匹克有关系或者是奥林匹克的赞助商。^[6]相比之下，制定专门法律的国家对于隐性营销的打击力度更强。例如，美国于20世纪70年代制定了《业余体育法》，规定了奥运隐性营销举证责任倒置，以此减轻美国国家奥委会的举证责任。它同时还规定，奥运隐性营销行为既包括为商业目的的使用，还包括非商业目的的使用。^[7]这就进一步扩大了对奥运标志的保护范围。此外，美国的司法实践也表明在涉及奥运标志的侵权认定方面，法院降低了侵权门槛，更加侧重对国际奥委会利益的保护。在1987年“旧金山文娱与体育公司诉美国奥林匹克委员会”案中，法院认为构成侵犯奥林匹克标志专有使用权，并不需要以引起混淆为前提，而是有混淆的可能即可。^[8]

根据笔者的查阅范围，大致可以推断我国对奥运隐性营销行为的规制始于司法实践。1999年，北京市高级人民法院在金味公司被诉侵权案件中提出，《奥林匹克宪章》内容表明，奥林匹克五环标志属于知识产权范畴，其专用权属于知识产权保护的范畴，根据《奥林匹克宪章》，奥林匹克五环标志的知识产权归国际奥委会，根据我国法律、

《奥林匹克宪章》以及《中国奥委会章程》，中国奥委会有义务维护奥林匹克标志不受侵害。金味公司未经许可使用奥林匹克五环标志的行为构成侵权。^[9]这是在我国没有专门立法的情况下，司法实践作出的大胆探索，创造性地将奥林匹克标志作为知识产权客体加以保护，在当时的历史条件下彰显了我国保护知识产权的决心，在奥运标志保护的进程中具有里程碑意义。我国申办2008年夏季奥运会成功之后，《奥林匹克标志保护条例》正式出台，这标志着我国奥运隐性营销行为规制体系正式建立。2018年为了适应新形势的需要，对条例的内容又进行了部分修改，进一步完善了奥林匹克标志的知识产权保护体系。

首先，2018年《奥林匹克标志保护条例》（简称2018年条例）第十六条规定，奥林匹克标志除依照本条例受到保护外，还可以依照著作权法、商标法、专利法以及特殊标志管理条例等法律、行政法规的规定获得保护。这一规定勾勒出奥林匹克标志的立体保护框架。对于符合作品要件的，可以予以著作权保护，对于申请注册商标或者授予专利的也可以获得相应的保护，对于符合2018年条例规定的，可以直接获得专门保护。

其次，2018年条例第四条规定了奥林匹克标志权利人对标志享有专有权，其他人未经许可为商业目的使用奥林匹克标志的行为构成侵权。第五条对于具体使用行为的形式进行了列举，包括将奥林匹克标志用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上；将奥林匹克标志用于服务项目中；将奥林匹克标志用于广告宣传、商业展览、营业性演出以及其他商业活动中；销售、进口、出口含有奥林匹克标志的商品；制造或者销售奥林匹克标志；其他以营利为目的利用奥林匹克标志的行为。根据《民法典》第一百二十三条，民事主体依法享有的知识产权客体，既包括作品、发明、商标、地理标志、商业秘密等，也包括法律规定的其他客体。这里的法律包括行政法规。2018年条例第四条沿用了旧条例的内容，丰富了知识产权客体的外延，从民事权利的角度



度加大了对奥运标志的保护。第五条则从“使用”的内涵出发，将具体的用形式以列举的方式规定，虽然奥运标志不等同于商标，但是二者同为商业标记，在保护模式上具有相通之处，这一条表现尤为突出^[10]。

第三，2018年条例第六条规定，除本条例第五条规定外，利用与奥林匹克运动有关的元素开展活动，足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系，构成不正当竞争行为的，依照《反不正当竞争法》处理。这一条特别针对利用奥运元素从事不正当竞争行为进行了规定，将《反不正当竞争法》引入了保护体系中，从而为奥运标志提供了更为完备的保护。



三、隐性营销规制路径的选择

正如前文所述，在知识产权专门法的框架下，规制奥运隐性营销行为存在多种法律路径。路径的选择既取决于国际奥委会或各国奥委会等组织所享有的权利，也取决于隐性营销行为的表现形式。实践中，由于专利权的行政审查期间较长，奥运标志主要为文字标志，大多无法作为作品获得保护，因此很少通过《著作权法》或《专利法》的路径制止隐性营销。相比之下，《商标法》《反不正当竞争法》以及专门法律更受国际奥委会及各国奥委会等组织的关注，在我国也是如此。

《商标法》《反不正当竞争法》、2018年条例三部法律在侵权构成要件、责任承担、保护、力度和效果上均有一定区别，因此在适用时仍然存在如何选择能够更好实现制止隐性营销效果的问题。

当被控侵权行为涉及对奥运标志或与之近似的标志使用时，如果该奥运标志同时为注册商标，则需要在适用《商标法》还是2018年条例之间进行选择。根据《商标法》第五十七条，判断是否构成侵害商标权，需要考虑被控侵权人将标志使用在何种商品上，该商品与注册商标核定使用的商品是否构成同种或类似商品。当被控侵权人所使用的商品

与注册商标核定使用的商品不属于同一种或类似商品，则无法进入注册商标禁用权的范畴。如果适用2018年条例，则无需考虑这一问题。某种程度上，2018年条例对于制止非法使用奥运标志行为方面效率更高。当然，需要注意的是，虽然《商标法》和2018年条例均规定了确定赔偿额应当以权利人的损失或被告的获利为依据，但是在无法确定损失或者获利时，2018年条例规定可以参照许可费确定，《商标法》则规定了根据许可使用费的倍数确定，此外还规定了高达五百万元的法定赔偿额以及恶意侵权的惩罚性赔偿等。因此在权利人以停止侵权为主要诉求的时候，2018年条例更为合适，但如果以获得高额赔偿为诉求的时候，则可以依据《商标法》。

目前从行政机关打击隐性营销的执法实践来看，适用2018年条例的案件比较多。例如，Keep关联公司于2021年7月2日在其运营的微信公众号上发布了《最强燃脂季，北京CBD户外百人热汗趴|卡路里运动季》的宣传文章，宣传内容包括“燃动夏季 助力冬奥”等内容。上述文章是为了线下活动有效开展而进行的宣传，活动由其分公司负责开展，为付费活动，总收入为8188元。由于上述行为未得到许可，行政机关依据2018年条例第四条第二款认定构成侵权。^[11]上海某建筑设计公司在其官网首页



滚动窗口，有张家口崇礼四季小镇效果图，图上有“规划、建筑、景观一体化服务倾情打造张家口崇礼四季小镇 助力冬奥赛场”的字样，在文字描述旁配有2022年冬奥会会徽标志，进行商业宣传活动。这种未经许可使用北京2022年冬奥会会徽标志及“冬奥”专有名词进行商业宣传，构成侵权，行政机关依据2018年条例第五条第（三）项认定构成侵权。^[12]

隐性营销行为的本质就是刻意利用奥运会热度获得本不属于自己的竞争优势，这种竞争优势体现在消费者关注度的提升，或体现在企业商誉的积累。这种行为违反了一般商业道德，与《反不正当竞争法》保护竞争的立法目的相悖。在这一点上，德国为了其所主办的2006年世界杯曾专门制定了反不正当竞争广告宣传法，规定没有赞助权的商家，通过广告让观众觉得有赞助权，就构成违法。^[13]我国在2018年条例增加的第六条使得《反不正当竞争法》成为法律依据之一，为制止奥运隐性营销行为提供了更为完备的保护。但是目前尚未有相关的执法实践，且《反不正当竞争法》中第二条、第六条、第八条都与此有关，究竟如何加以适用，仍是需要探讨的问题。

四、《反不正当竞争法》的规制

启动《反不正当竞争法》规制奥运隐性营销，要审查涉案事实是否符合2018年条例第六条规定的条件。一方面，根据国家知识产权局的公告，本届冬奥会奥林匹克标志的不仅限于会徽、会标，还包括“奥运”“奥运会”“北京2022”等词汇。因此对于擅自使用奥林匹克标志或与之近似的标志的行为，可以直接适用第四条、第五条予以处理。第六条调整的是“利用奥林匹克运动有关元素开展活动”的行为。这里的“元素”的外延远远大于“标志”。例如，未使用奥运标志，但通过赞助赛事电视转播或者赞助某一奥运代表团，获得更多的媒体曝光，有可能进入第六条调整的范围。另一方

面，涉案行为客观上需要达到“足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系”。这一点非常重要。即使利用了奥运元素，但是公众并不会认为其与奥运会有联系，也不具备适用第六条的可能。具备上述两个条件的情况下，可以依据反不正当竞争法进行审理，这时需要确定适用哪一个具体条款予以规制。

根据奥运隐形营销的一般表现形式，如果需要适用《反不正当竞争法》调整，该法第二条、第六条和第八条都可以成为选项。第六条主要调整因为标志使用导致的市场混淆，第八条是有关虚假宣传行为的调整，第二条则是关于规制不正当竞争的一般条款，在其他具体条款（包括第六条、第八条）没有规定的情况下，确有必要时可以按照该条的原则性规定予以认定。在这个意义上，该条可以作为兜底条款规制构成不正当竞争奥运隐性营销行为。

《反不正当竞争法》第六条规定经营者不得实施所列举的混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。2018年条例第六条规定的是“足以引人误认为与奥林匹克标志权利人之间有赞助或者其他支持关系”，因此，二者均是从广义上规制市场混淆行为，这也是二者之间能够衔接适用的基础。《反不正当竞争法》第六条第（一）（二）（三）项均以被保护的客体具有一定影响为前提，其中既包括有一定影响的商品名称、包装、装潢等标志，也包括企业或社会组织名称、简称，以及域名主体部分、网站名称等。这里的“一定影响”的标准是相对而言的，在实践中也有降低门槛的趋势。例如在吉林文史出版社诉华文出版社优先公司等侵害著作权及不正当竞争案中，最高人民法院认为，认定知名商品（2019年反不正当竞争法修改前的概念）是为了保护具有区别商品来源意义的商品特有名称、包装和装潢服务的，只要其在相关公众中具有一定的知名度即可，并不要求相关公众广为知晓。^[14]实践中，大多数奥运标志因为在文字上与奥运会之间存在密切联系，具有的影响远远超出反不正当竞争法规定的标准。由于这一条主要是



从商业外观的角度制止仿冒行为，虽然理论上具备适用的可能，但是由于奥运标志或作为商标得到注册，或作为特殊标志予以公告保护，因此笔者认为实际上利用《反不正当竞争法》第六条规制的必要性并不强。

《反不正当竞争法》第八条规定，经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。例如，有些企业虽然不是奥运会赞助商，如果伪造赞助关系，进行虚假宣传，直接适用前述规定，一般是没问题的。但是，如果该企业在奥运期间赞助某一奥运节目或者运动员、代表队，并对此进行宣传，虽然内容上应当是真实的，但是这种宣传却容易导致公众误认为其与奥委会或者奥运会，甚至是某一个赞助商之间存在合作，是否属于利用奥运元素进行的不正当竞争行为呢？具体说，是否属于前述规定调整的范围呢？

以往的司法实践表明，对于“引人误解”的判定往往从日常生活经验、相关公众的一般注意力、发生误解的事实和被宣传对象的实际情况等方面加以考量，不足以造成相关公众误解的，不属于引人误解的虚假宣传行为。^[1]根据历届奥运会举办的经验，奥运会举办期间，各种“蹭热度”的宣传会频繁出现。但是现实情况是复杂的，笔者认为应当结合企业的规模、宣传的规模、宣传的方式综合确

定，不宜将公众对“奥运会”的理解直接作为“引人误解”的依据。

最后，关于《反不正当竞争法》第二条（一般条款）。实践中普遍认为这一条款具有“兜底”特性，当《著作权法》《商标法》等部门法以及《反不正当竞争法》具体条款无法调整时，予以适用。特别是在2019年《反不正当竞争法》修改之前，这一条被广泛用于解决互联网领域的民事纠纷，但是这一做法也引起了很多讨论，特别是对于一些不为具体规定所保护的利益是否一定要通过一般条款进行保护？这个问题涉及很多方面，但在奥运隐性营销方面主要关系到知识产权的公共属性问题。由于知识产权的不断扩张，原属于公共领域的信息不断被赋予垄断性的权利加以保护，公众利用这些信息的空间被不断挤压。然而知识产权的公共属性决定了在赋予权利保护的同时还要关注社会福利的增加。无论是《著作权法》还是《商标法》都规定了合理使用（正当使用）制度，用于调和私权与公共利益之间的矛盾。然而在2018年条例中并未有相关的规定，可见条例对于奥运标志保护强度之大。在这种情况下，笔者认为，奥林匹克运动是全人类共同的文化财产，社会传播奥运文化不应受到过多的束缚。在反不正当竞争法层面规制奥运隐性营销行为，一般应优先适用具体条款，不宜轻易适用一般条款。

注 释

[1] 此定义来源于微软必应辞典。

[2] International Olympic Committee. OLYMPIC CHARTER '1994,67-68 (in force as from 5th September 1994) [EB/OL].

https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Olympic-Studies-Centre/List-of-Resources/Official-Publications/Olympic-Charters/EN-2001-Olympic-Charter.pdf#_ga=2.2298680.901112250.1570133494-450339601.1570029873。转引自袁刚《奥运会的广告规制研究——兼论北京冬奥会广告规制应对》，《武汉体育学院学报》2020年第7期。

[3] 《伦敦奥运会运动品牌营销NIKE打擦边球逃过一劫》，新浪网：<http://2012.sina.com.cn/hx/other/2012-07-29/003423845.shtml> 2012.7.29。

[4] 袁刚，《奥运会的广告规制研究——兼论北京冬奥会广告规制应对》，《武汉体育学院学报》，2020年第7期。

[5] IOC Marketing Report 2018[EB/OL], <https://iocmarketingreport.touch?lines.com/pyeongchang2018/124-1/>，转引自冯晓青、邵红红，《公共领域保留视角下奥运会隐性营销的规制边界研究》，《天津体育学院学报》2021年第4期。





简讯

国家知识产权局依法打击恶意抢注“冰墩墩”“谷爱凌”等商标注册

(本刊讯)近年来,国家知识产权局高度重视冬奥会和冬残奥会知识产权保护工作,并持续深入开展打击恶意商标注册专项行动。2月14日,国家知识产权局发布《关于依法打击恶意抢注“冰墩墩”“谷爱凌”等商标注册的通告》(下称《通告》),依法对第41128524号“冰墩墩”、第62453532号“谷爱凌”等429件商标注册申请予以驳回,对已注册的第41126916号“雪墩墩”、第38770198号“谷爱凌”等43件商标依职权主动宣告无效。

《通告》指出,2019年以来,少数企业、自然人以牟取不当利益为目的,将北京2022年冬奥会和冬残奥会吉祥物、运动健儿姓名等冬奥热词进行恶意抢注,委托代理机构提交商标注册申请,非法利用奥运会和奥组委的声誉,侵害他人姓名权及其他合法权益,造成了重大社会不良影响,损害了我国严格保护知识产权的良好形象。

《通告》称,对此,国家知识产权局予以坚决打击,依据《奥林匹克标志保护条例》《商标法》第十条第一款第(八)项等规定,对第41128524号“冰墩墩”、第62453532号“谷爱凌”等429件商标注册申请予以驳回;依据《商标法》第四十四条第一款规定,对已注册的第41126916号“雪墩墩”、第38770198号“谷爱凌”等43件商标依职权主动宣告无效。

[6] 徐超,《论奥运会埋伏营销的法律规制问题——兼谈2008年北京奥运会知识产权保护对策》,《体育与科学》,2007年11月。

[7] 吴文斌,《2022年北京冬奥会隐性营销问题研究》,《四川体育科学》,2019年第2期。

[8] 同注[6]。

[9] 参见北京市高级人民法院(1999)高知终字第32号民事判决书。

[10] 《商标法》第四十八条规定,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。《商标法》第五十七条规定,有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权:(一)未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的;(二)未经商标注册人的许可,在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标,容易导致混淆的;(三)销售侵犯注册商标专用权的商品的;(四)伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的;(五)未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的;(六)故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件,帮助他人实施侵犯商标专用权行为的;(七)给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

[11] 《Keep关联公司因宣传内容未经冬奥组委许可被罚5万元》,和讯网, <http://news.hexun.com/2021-10-18/204540776.html>, 2022年1月19日访问。

[12] 「案说」《这个热点你也敢蹭?》,网易, <https://www.163.com/dy/article/GPDRCEKI0552IALE.html>, 2022年1月19日访问。

[13] 王霖,《重大体育赛事隐性营销侵权行为的法律分析》,《河北体育学院学报》,2013年第5期。

[14] 钟鸣编著,《商标与不正当竞争裁判规则》,第479页,法律出版社2020年9月第一版。

[15] 参见《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第八条第二款、第三款。



奥林匹克标志行政保护的“广州经验”

林郁 刘敏仪

我国在2002年通过了《奥林匹克标志保护条例》，并于2018年完成修订。经过二十年的发展，我们在奥林匹克标志保护上取得了长足的进步，其中尤其以奥林匹克标志的行政保护为特色。机构改革后，广州市市场监督管理局查处了一批涉奥运标志的违法行为，本文从基层执法的角度，对奥林匹克标志保护进行思考。

一、广州奥林匹克标志保护的主要经验

广州作为“千年商都”，经贸活跃，也是我国体育经济最发达的城市之一，一直以来都十分重视奥林匹克标志保护。近年伴随着东京奥运会的举办和北京2022冬奥会的临近，大量的“蹭热点”式违法行为频发，涉及奥林匹克标志的侵权和保护问题也逐渐增多，广州基于以往多年经验的累积，在行政执法领域也逐渐摸索了一套“广州模式”。

（一）加强沟通联系，建立合作机制

2019年机构改革后，广州市市场监督管理局通过加强与北京冬奥组委的沟通交流，建立起常态化的信息共享机制，有效地实现了信息资源交流和及时对接，及时掌握涉奥运标志违法行为信息，实现对违法企业的迅速处理，维护市场竞争公平有序。自2019年北京冬奥组委函告广州“X牛（广州）控股集团有限公司”冒用奥运专用标志线索至今，共函告违法线索近二十多宗，大大提高了市场监管部门执法的精准度和办案效率。

（二）开展专项培训，提升执法能力

与司法保护相比，知识产权的行政保护具有效率高、成本低、专业性强、程序简便的特点。而各地区行政执法人员的能力是知识产权行政保护能否发挥作用的决定性影响因素之一。机构改革以来，广州市市场监督管理局对新组建的行政执法队伍定期组织专题培训，结合具体案例，讲解涉及奥林匹克标志保护法规制度、保护模式和违法行为的表现形式等内容，提升一线执法人员的行政执法能力。

（三）保护关口前移，防患于未然

针对大部分涉奥林匹克标志保护的违法行为主要发生在奥运会举办期间的特点，对于奥林匹克标志的保护，广州市市场监督管理局坚持将关口前移，采取以行政指导为主的方式。在东京奥运会、北京冬奥会举办前后及期间，全市市场监管部门组织对相关企业开展奥林匹克标志保护风险行政指导，对重点行业、重点企业采取上门指导的方式，对企业产品包装、网站等宣传方式进行分析排查，向企业发放知识产权行政指导书，对部分涉嫌违规使用奥林匹克标志的企业发放风险排查整改通知书，配合政策宣讲、案例解读等活动，协助企业把好产品知识产权的第一道关口，降低侵权风险，提升知识产权意识。自去年7月至今，全市共发放知识产权行政指导书五千多份，风险排查整改通知书一百多份。

（四）加强协同合作，发挥综合执法优势

机构改革后，市场监管的领域进一步拓宽，行



政执法职责职能的整合,不仅有利于遏制多头重复执法、执法扰民等问题,更有利于在实际执法活动中形成合力。侵犯奥林匹克标志专用权的行为一般与虚假广告、不正当竞争、食品安全、产品质量等行为息息相关。2021年,广州市率先出台奥林匹克标志专项保护方案,以规范奥林匹克标志使用,加强保护为抓手,实施综合市场检查,发挥综合执法优势,提高市场监管效率。

二、违规使用奥运标志的表现形式

通过对广州市市场监督管理局已办理的案件分析,主要分为以下几类:

(一) 未经授权使用奥运标志

主要体现在违反《奥林匹克标志保护条例》第四、五条规定,未经奥林匹克标志权利人许可,为商业目的使用奥林匹克标志,包括但不限于以下方式:一是通过官网、官微等渠道宣传自身公司产品时出现奥运标志;二是在公司网站上展示、更新奥运奖牌榜;三是在宣称公司产品为参赛项目队伍的赞助商,并重点突出奥运元素;四是将公司或公司产品宣传为与奥运有关的产品,常常以其产品“代言人”的角度为“奥运”加油;五是通过“猜奖牌”等抽奖的方式将公司产品与奥运进行关联。

(二) 擅自使用境外其他奥组委标志

如广州市市场监督管理局在查办“X牛(广州)控股集团有限公司涉嫌侵犯奥林匹克标志专用权案”中,发现该公司自2019年12月19日至2020年8月18日期间,当事人在其“X牛集团”微信公众号、公司网站上及实际产品上使用了包含“奥林匹克五环图案标志”的柬埔寨国家奥委会标志,以及“2020年东京奥运会 CAMBODIA奥委会官方合作伙伴, CAMBODIA代表团官方饮品赞助商”“以奥运的高标准严要求, X牛集团成功成为2020年东京奥运会赞助商、X牛集团提神宝,以优异的品质,成功牵手2020年东京奥运会,成为2020年东京

奥运会官方赞助饮品”等内容;并在宣传页面附有其产品购买链接。柬埔寨国家奥委会标志并未在国内进行注册,该公司将该标志及其他指向奥运的宣传用语行为,明显属于侵犯奥林匹克标志专用权的行为。

(三) 伪造奥运标志及授权

更为恶劣的是, X牛(广州)控股集团有限公司仅能提供福建一家公司的所谓“奥林匹克五环图案标志的柬埔寨国家奥委会标志”使用授权,并未能提供柬埔寨国家奥委会相关授权,亦未能证实相关标识为柬埔寨国家奥委会的官方标志。该公司侵犯奥运标志的行为,是近年来比较少见且程度恶劣的侵犯奥林匹克标志行为,侵权手段迷惑性大,社会影响和危害性也较大,办案单位最终责令其立即停止侵犯奥林匹克标志专用权的侵权行为,没收销毁涉案产品,并处以罚款。

三、查处侵犯奥林匹克标志行为的一些启示

(一) 加强奥运标志保护培训,提升执法能力是保证执法成效的关键

正如前文所述,行政执法人员的能力是案件办理质量的关键一环。作为基层执法,由于机构改革人员变动大,熟悉奥运标志专项执法的办案人员匮乏,针对现状,广州市市场监督管理局近年来开展了一些专项的培训,但是力度不及北京2008奥运会和广州亚运会,而且缺乏由组委会组织的一些涉及授权企业情况、授权范围、产品真伪鉴定等方面的培训。临近北京冬奥会,广州市市场监督管理局一方面通过开展对专业市场的整治行动,继续抓好重点行业、重点市场、重点环节的监管,以战带练;另一方面通过案例的评析和讲解,增强一线执法人员的分析、处理问题的能力。

(二) 区别违法行为的实质,体现惩教并重

近年来,广州市市场监督管理局处理了一批侵犯奥林匹克标志的案件,在处理的过程中,没有简



单为罚而罚，而是充分根据企业的违法违规实际情况采取多种的处理方式。比如针对部分企业在自身网站上增设奥运金牌榜的行为，市场监管部门在调查过程中发现这些企业出自爱国热情（部分甚至是行业主管部门的要求），体现企业参与宣传奥运的目的，主观上没有将金牌榜的设立与企业产品或企业形象挂勾，针对这样的行为，办案单位通常对企业采取约谈的处理方式，要求迅速责令改正。而针对X牛（广州）控股集团有限公司这一类的恶劣行为，则给予重罚。区别不同的违法情形的不同处理，既维护了知识产权领域行政执法的权威，更实现了法律效果和社会效果的统一。

（三）加强奥标保护社会宣传，增强企业保护奥运标志的意识

四年一届的奥运会一直都是举世瞩目的活动，吸引全球的目光。对于商家而言同样希望参与到这场全世界的盛事当中，广大商家里既有怀有善意想尽企业之力的，也有意图蹭热点谋取不当利益的。因此，奥运标志保护的宣传应当做好以下几点：一是明确告知社会奥运标志的权利归属及授权企业的权利；二是归纳提示常见的违法表现形式；三是维权的途径与方式；四是侵权警示的个案。随着

北京2022冬奥会的举行，“冬奥”必将成为新一轮全球热点，社会宣传更应充分利用传统媒体、新媒体等渠道加强对奥运知识产权的宣传，使人们正确了解奥林匹克标志保护的相关知识和资讯，形成良好的社会舆论氛围。

（四）充分运用第三方技术支撑，使案件证据真实、全面

近年来，广州市市场监督管理局在知识产权案件中广泛运用电子数据鉴定、知识产权鉴定、公证存证、会计师专项审计等技术服务支持知识产权行政执法。侵犯奥林匹克标志的违法行为，同样随同互联网时代迅猛发展而展示出各种不同的形式，这些形式既有传统的在相关产品上直接违法印制奥运标志，也有通过电商平台、企业公众号、官网、短视频网站等各种渠道的侵权。因此，通过采取电子数据司法鉴定、知识产权鉴定、公证存证、会计师专项审计等第三方技术能够在证据收集时更好地帮助我们对违法者的财务数据、销售数据和网页视听证据的固定和收集，以及违法经营额计算提供重要的支撑，也大大提升案件查办的效率。☞

作者单位：广州市市场监督管理局

广东中策知识产权研究院

迁址公告

《中华商标》杂志社自2022年1月4日起搬迁至新址办公，现将杂志社新址公告如下：

新地址：北京市海淀区紫竹院街道车道沟10号院《中华商标》杂志社（北方朗悦酒店）

邮政编码：100089

除新办公地址及邮编外，其他企业信息保持不变。因搬迁给您造成的不便，敬请谅解。

特此公告。

《中华商标》杂志社
2021年12月29日

关于企业名称与商标冲突的疑难问题及建议

谢有林

一、立法背景

我国对于商号权的立法体例，将企业名称与商标权的冲突主要划分两种处理方式：

第一种：将他人知名商标注册为商号，并突出使用，纳入《商标法》第五十七条第一款第（七）项“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”商标侵权行为进行规制。其直接司法解释依据是《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》第一条的规定，“将与他人注册商标相同或者近似的文字作为企业字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的”属于“给他人注册商标专用权造成其他损害的商标侵权行为”。

第二种：将他人有一定影响的企业名称、字号进行混淆性使用，纳入《反不正当竞争法》第六条第（二）项进行规制。如深圳市宝安区法院审理的“海康威视”商标侵权及不正当竞争案。^[1]

该情形下，法律赋予该企业名称或字号的持有人享有在先商号或字号权。对此，《商标法》第三十二条，也针对将他人先商号或字号权抢注为注册商标的行为，在先权利人可以据此提起商标异议和宣告无效。

对于权利冲突协调，除了《商标法》规定了商标异议和宣告无效救济外，《最高人民法院关于审理涉及知识产权权利冲突民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条也规定：在审理涉及注册商

标等知识产权与企业名称字号冲突的案件中，对构成侵犯注册商标权或者不正当竞争等行为的，可以根据当事人的请求和具体案情，调解或者判决行为人变更或停止使用该企业名称字号。

二、司法实践的争议问题及建议

根据前述可知，我国的《商标法》和《反不正当竞争法》及相关的司法解释已经规定了相对完善的协调机制。结合笔者多年办理相关案件，目前司法实践中对于比较特殊的情形，仍然没有形成统一的司法观点，值得探讨和研究，列举如下：

（一）将他人知名度较高的商标登记为企业名称，并整体突出使用，是否构成侵权

1. 案情概要

原告广州阿道夫个人护理用品有限公司（以下简称原告）的第8457568号“阿道夫”商标注册于2011年7月21日，阿道夫品牌经过十年来的广泛使用、宣传和销售，“阿道夫”商标相继获得2019年CCTV“新中国成立70周年70品牌”、2018年“中国美妆年度洗护品牌”、2019年“中国化妆品细分品类排行榜洗护发品类TOP 1”、“京东超市双百亿俱乐部亿元品牌”、2018~2020年“中华品牌商标博览会金奖”等荣誉，并被列入2020年度广东省重点商标保护名录，足见阿道夫在中国境内已经占有较高的市场份额和品牌影响力。

原告发现，被告广州阿道夫化妆品贸易有限公



司（以下称被告）答辩称于2017年4月10日注册成立，并在其经营销售的洗发乳液瓶身正面和背面标有“”图案，图案下方注明“广州阿道夫化妆品贸易有限公司授权”，其中“阿道夫”三字为黑色加粗大号字体。遂诉至法院。

被告辩称：根据提交企业登记信息检索资料显示，截至2017年11月21日，全国范围内以“阿道夫”作为企业字号的企业有38家，以此证明“阿道夫”与原告的“阿道夫”商标及“阿道夫”品牌洗发水不具有对应关系，在涉案产品上使用企业字号“阿道夫”不会引起消费者对商品来源产生混淆。

一审审理过程中，广州阿道夫化妆品贸易有限公司提交了其生产的侵权产品注明“广州阿道夫化妆品贸易有限公司授权”，但“阿道夫”三字未被加粗放大，企业全称整体字体大小一致，但放置在产品显著位置。对比图表如下：

原告	被告
原告第8457568号商标	具体被诉侵权标识（正面）
	
原告第19025625号商标	
	
企业名称	企业名称
广州阿道夫个人护理用品有限公司	广州阿道夫化妆品贸易有限公司

2. 争议焦点

对于被告就“阿道夫”三个字进行突出使用的侵权认定不存在争议。主要的焦点在于：广州阿道夫化妆品贸易有限公司在一审庭审过程中提交改成企业全称（整体字体大小一致）使用的侵权产品是否构成对原告阿道夫商标的侵害？

广州市越秀区人民法院审理后认为：因其在该产品上将企业名称放置于产品正面显著处，而非如

通常产品将厂家或授权商家的名称放置于产品背面的产品信息说明处，广州阿道夫化妆品贸易有限公司也未能举证证实该使用方式符合行业惯例，且广州阿道夫化妆品贸易有限公司将其企业名称放置于“”标识的正下方，而该标识与第19025625号“”注册商标的近似度高，因此该行为仍属对企业名称的突出使用。^[2]

3. 律师建议

将知名商标品牌抢注为企业字号，进行混淆性使用的纠纷屡见不鲜，根据最高人民法院的司法解释，对于将注册商标抢注为字号进行商业使用仅限于对字号突出使用的方式时才构成商标侵权。而如果对企业全称字体大小一致的规范使用，根据信赖利益的原则，司法实践中一般认定为是对企业商号的合理使用。

笔者认为，将企业全称使用在侵权产品上时，对“企业字号有无被突出使用”进行突破性的解释，即“企业字号有无被突出使用，不能仅考虑企业字号在形式上是否突出显著，更应考虑企业字号的使用是否会造成商品来源混淆”。例如上述案例，被告将企业名称“广州阿道夫化妆品贸易有限公司”置于与原告注册商标“”构成近似的“”图案下方，且企业名称含有字号“阿道夫”三字，与原告注册商标“阿道夫”相同，从整体上观察，消费者仍然会认为涉案产品来源于原告或与原告存在授权生产、商标许可使用等联系。因此被告将“广州阿道夫化妆品贸易有限公司”中的字号进行放大突显，但由于将该企业名称与原告知名商标呈上下排列地放置在显著位置，仍然构成对企业字号的突出使用，进而认定被告整改后的侵权产品仍然构成商标侵权。该案是法院对企业全称使用被认定为对字号突出使用的合理扩张解释和司法认定，对日后类似案件的处理具有积极指导意义。

进一步地，鉴于商标注册登记和商号注册登记的行政主体分离，导致知名商标和商号信息库的不同步，存在交叉检索的难度。对于驰名商标而言，已经建立了初步的企业名称预登记检索机制。但对



于非驰名商标以外的大量知名商标品牌，由于省著名商标的废止，导致全国没有办法建立统一的知名商标保护名录。对此，广东省商标协会率先于2020年探索建立了广东省重点商标名录的《广东省重点商标保护名录管理规范-T/GDTA 001—2020》，该规范的实施，对于广东省乃至全国范围内针对非驰名商标的在先使用且具有一定影响的商标纳入商号登记事先审查名单，具有重要的借鉴作用，建议相关的立法机构探索建立更为强保护的注册商标重点保护名录，作为企业名称预登记的审查机制，从技术上解决注册商标与商号的冲突问题。

（二）如何规制他人将知名度较高的商号抢注为境外企业名称并在中国境内使用

1. 案例解读

由于中国香港公司和国外注册企业名称的审查机制相对较为宽松，这些年出现了大量在中国香港、英国、德国等注册登记与世界知名品牌基本雷同的企业名称，甚至还存在直接向国家知识产权局申请注册商标，被审查员误认为申请人是知名品牌企业而核准注册的情况。这类问题也是商号权与商标权冲突的典型问题。在民事案件中，针对侵权人通过境外登记企业名称，在中国境内进行混淆使用的行为，行界观点基本趋于一致，即认定构成不正当竞争。

如在广东三雄极光照明股份有限公司（以下简称“原告”）诉被告中山市古镇虎宇五金灯饰厂、伊某（以下合并称“被告”）商标侵权及不正当竞争案中，^[1] 中山市第二中级人民法院认为：三雄极光公司在电子镇流器、灯具等产品上持续使用“三雄”“三雄极光”字号及商标，“三雄极光”亦被国家工商总局认定为驰名商标，三雄极光企业字号在全国范围内具有较高的知名度，受《反不正当竞争法》保护。

被告伊某为虎宇五金厂的投资人，通过在香港特别行政区设立三雄·极光（香港）国际照片有限公司，再授权其控制的被告五金厂使用的方式，以规避我国对企业注册的审查，从而间接达到其擅自使用内地知名企业名称字号的目的，造成相关公众

对商品产生误认，据此构成不正当竞争。

据此，对于将国内知名商号或商标到境外注册为企业名称，再授权中国境内的实体进行使用，虽然规避了我国对企业名称注册管理的审查，但本质上仍然符合《反不正当竞争法》第六条第（二）项的构成要件，法院可以视情况予以认定。

2. 律师建议

对于境外恶意注册企业名称在中国境内进行混淆性的问题，如果仅从司法程序进行滞后性的遏止，似乎不足以从根本上解决企业名称注册登记源头的域外规避问题。据此，笔者建议通过立法的方式对于行为不具有正当理由到域外登记与中国驰名商标或知名企业字号相同或近似的企业名称，应当赋予监管部门对其登记股东或发起人进行行政处罚的权力，并通过社会监督举报的方式发挥有效的监督作用。此外，还可以通过签订国际合作条约，在条约国内互相共享知名企业字号和驰名商标的名录，作为所在国注册登记企业名称主动审查的限制或禁用名称。

三、结束语

我国正处于由知识产权数量大国向知识产权质量大国转变的战略转型时期，对于企业名称与商标冲突的问题，无论在司法实践中还是理论层面，我国都进行积极的探索和研究。笔者仅以此文就企业名称整体突出使用以及企业名称域外登记的问题提出个人的见解和建议，以期抛砖引玉，提供研究和思考的视角。

作者单位：广东哲诚律师事务所

注 释

[1]（2018）粤0306民初19377号民事判决。

[2] 案号（2017）粤0111民初16216号、（2018）粤73民终2347号。

[3]（2019）粤2072民初11493号。



论涉外定牌加工中的商标使用

——基于一种行为与效果的二分思路

李昊

一、定牌加工引发的商标使用之争议

现阶段，涉外定牌加工（Original Equipment Manufacturer，以下简称OEM）仍是商标法领域的热门话题。很大一部分原因在于，此类案件中有关OEM与商标使用的关系难以理清，以致“同案不同判”的情况时有发生。而困境的形成主要源于两个方面：一是商标使用的认定标准难以明确；二是在不同语境下，商标使用的标准是否应当保持一致。

（一）商标使用的认定标准难以明确

《商标法》第48条要求“商标的使用”必须“用于识别商品来源”。OEM是否属于商标使用，关键就在于其是否符合该规定。然而，如何理解“用于识别商品来源”本身就是一道难题。一如刘铁光教授所说，这一术语究竟是指必须实际产生来源识别的效果即采取一种“消费者标准”，还是说只要求具有来源识别的意图即采取一种“行为入

标准”？^[1]这种理解上的模糊性直接导致在OEM案件中裁判观点摇摆不定，具体体现在最高人民法院（以下简称“最高院”）参与审理的4个民事侵权案件中。

分析下列图表可以得出两点结论。第一，最高人民法院在上述四则案例中并未一以贯之地遵循以结果主义为指导的“消费者标准”。至少在“东风”案中，“识别商品来源”不再是商标使用的构成要件而是对后者进行修饰的限制性条件。换言之，在该案中，最高人民法院更像是采取了一种“认定商标使用在前，判断识别效果在后”的思路。第二，即便是在“消费者标准”下，最高院对于“识别商品来源”的理解亦存在不同，逐步从“实际识别”转向“可能识别”。如此一来，OEM行为的法律属性也从一种物理贴附转变为商标使用。有趣的是，上述裁判理由均是基于《商标法》第48条得出。这不禁让人感到疑惑，商标使用的认

表1 最高院审理的OEM民事侵权案件

案件名称	案号	核心裁判理由	结论
“SOYODA”案	(2014)民申字第669号	OEM是为使用商标提供技术支持，不具有识别商品来源的意义	不构成商标使用；不侵权
“PRETUL”案	(2014)民提字第38号	OEM的标志在中国境内不具有识别商品来源的功能	不构成商标使用；不侵权
“东风”案	(2016)最高法民再339号	不用于识别或区分来源的商标使用行为，不会对商品或服务的来源产生误导或引发混淆	构成商标使用；不侵权
“HONGDAKIT”案	(2019)最高法民再138号	只要具备了区别商品来源的可能性，就应当认定为商标的使用	构成商标使用；侵权



定标准究竟是什么？其与“识别商品来源”之间到底是怎样的关系？OEM是否构成商标使用？

（二）不同语境下的商标使用是否一致

据笔者统计，过去十年里，在民事侵权案件中，各级法院更倾向于认定OEM不构成商标使用。问题在于，在确权诉讼中，这样的一项结论还能否适用？毕竟，一旦采取这样的结论，对于那些在国内享有注册商标但却专注于出口贸易的企业来说，恐会面临商标撤销的风险。

近一段时间以来，“类型化思维”在商标法领域盛行，学术界普遍主张对商标使用进行分类处理。换言之，OEM的法律属性在不同语境下，也应区别对待。一如曹佳音法官所言，OEM构成“商标维持意义上的商标使用”，而在侵权语境下不构成商标使用。^[2]对此，最高院也于“USAPRO”案^[3]中明确表态，OEM存在商标使用，不能将其归入“连续三年不使用注册商标”的情况。然而，潜在的问题是，我国《商标法》仅是在第48条对商标使用作出了概括性规定，并未就不同语境下的商标使用进行单独解释。故在缺少制度支持的情况下，上述理论会致使同一行为事实在同一法条下，得到前后不一的法律评价。此举不但会导致司法实践在对于商标使用的认定标准上难以统一，还会破坏商标法自洽的逻辑体系。

或许正是出于上述考虑，最高院才在“HONGDAKIT”案中将OEM定性为商标使用。不可否认，这样的作法的确能够保证商标法律体系的周延以及商标使用构成标准的统一。但取而代之的问题是，一旦广泛推行“HONGDAKIT”案中的观点，势必又会对我国出口加工企业带来严重的冲击。在不同语境下，商标使用是否应当坚持一致的判断标准仍有待进一步的讨论。

二、商标使用之行为与效果二分思路的提出

长期以来，学术界一直存在一种声音，即第48条之“用于识别商品来源”与“起到识别商品来源

的作用”几无差异。而这一观点也或多或少地影响到了司法实践对于商标使用的认定，各级法院普遍将识别效果纳入到商标使用的构成标准，进而造成了当下的窘境。可以说，继续坚持这种行为与效果杂糅的认定标准无益于解决商标使用引发的问题，遵循一种行为与效果的二分思路才是破解难题的正确途径。

（一）困境的背后：行为与效果的杂糅

需注意，第48条之“用于识别商品来源”的立法原意应是要求经营者具有将标志作为商标进行使用的意图。也就是说，该条款是立足于使用行为本身进行规定，而未对商标使用的效果作出要求。但是，长期以来，司法实践在认定商标使用时，却总是将识别效果作为一项衡量要素，从而采取一种行为与效果杂糅的判断标准。以民事侵权案件为例进行说明。由于我国法院在认定商标使用时，普遍将商标的识别效果纳入到商标使用的判断过程。以至于，一旦被控侵权人在相同或类似的产品上贴附与注册商标相同或相似标志的行为被认定为商标使用时，其必然也会导致消费者混淆。此举直接导致混淆可能性在侵权判断中失去其独立的地位。如此，在民事侵权案件中，商标使用已经不只是起到前置性作用的过滤器，其与商标侵权之间更具有一种因果必然性。而这种裁判思路在近几年的OEM案件中也十分常见。

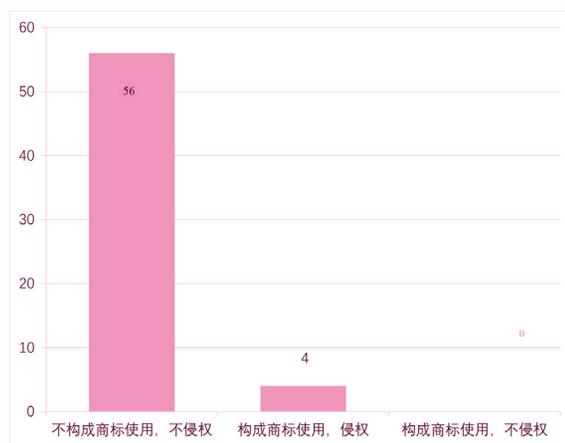


图1 以“商标性使用”为原则审理的OEM侵权案件结果统计（2011-2020年）



故而，为保护国内加工企业的正常生存，法院在民事侵权案件中更倾向以“未产生来源识别的效果”为由，认定OEM不构成商标使用。但是，受困于各方利益的考量，该结论又难以适用于“商标撤销”案件之中。由此来看，当下商标使用所面临的困境，完全是囿于识别效果的认定和判断。追本溯源，一切问题都源于司法实践将“用于识别商品来源”与“起到识别商品来源的作用”相等同。我们不禁要思考，这样一种理解方式真的合理吗？

（二）商标法问题的缘起：使用行为

首先，使用行为是一切标志（sign）具备显著性，从而成长为商标（trademark）的必要条件。对于任何一个商标而言，其都需要经历一个逐步获得显著性的过程，^[4]而商标显著性的获得有赖于商标使用。显著性表现为一种观念共识。商业标记只有源源不断地被使用，才能被消费者熟知，从而具备显著性并成为真正意义上的商标。

其次，使用行为还直接影响到注册商标的存续。其一，商标的显著性需要商标使用来维持。商标的显著性会不断更新。商标的不规范使用可能会促使其丧失显著性，从而沦为一种通用名称，并最终被商标法撤销。其二，商标的生命在于使用，未经使用的商标无法发挥其识别功能，属于一种闲置商标。为此，《商标法》规定，一旦经营者无正当理由连续三年不使用其注册商标，他人就有资格向商标局提出撤销申请。

最后，商标使用还是商标侵权的前置性要件。商标侵权必须以“其他经营者未经权利人许可，擅自使用注册商标”的行为作为前提。未构成商标使用的行为方式，一定不会导致商标侵权。例如，在一份美食地图上标注各种美食的商标，并用之代表美食的行为，显然不构成商标侵权。这其中的原因在于，使用者并不存在指示商品（地图）来源的意思，不属于商标法意义上的使用。^[5]再比如说，对注册商标的说明性使用以及描述性使用均属于合理使用之范畴，同样不构成商标侵权。

综上所述，商标法的一切问题皆因使用行为而

起，它就像是商标法律制度的一条明线，从商标的产生到商标的死亡，从权利的维持到权利的保护，贯穿商标法始终。^[6]

（三）商标法评价的重心：使用效果

与著作权法和专利法不同的是，“消费者是商标法中万能的尺度”。^[7]亦即，商标法始终是站在消费者的角度，以使用商标的效果作为评价重心。这一点可以从确权与侵权两个阶段得以证实。

第一，某一标志能否受到商标法保护是以使用效果为依据，采取一种动态的“相对标准”。可以说，作品的独创性以及专利的“三性”标准都是一种稳定的、绝对化的判断标准。这是因为，某一智力成果能否成为一项专利或者能否作为一类作品受到保护，根源于法律对“创”的要求。在理想情况下，时间不会导致其法律属性发生改变。相比之下，商标则不同，商标权赖以存在的基础是注册商标具有显著性。显著性与商标的识别效果是一对“同义词”，识别效果是否存在需基于注册商标当下的状态判断。因而商标的显著性获得也不可能一劳永逸，而是时刻处于变化之中。

第二，某一行为是否受商标法规制也是以使用效果为判断标准。不可否认，法律规制的核心是行为。这一点也在“以受控行为定义专有权利”的著作权法中得到完美体现。在著作权法中，行为不仅是各项子权利的内容（即权利内涵），同时也决定着各项子权利的界限（即权利外延）。在处理知识产权领域的侵权问题时，首先要明确他人是否对智力成果进行了使用，即著作权法中的“实质性相似”标准、专利法中的“全面覆盖”和“等同侵权”两项原则，以及商标法中对商标及其商品类别的“相同或近（类）似”的判断。而后，前述两部法律最终的落脚点均为被诉侵权行为实施了何种受控行为。与之不同的是，商标法认定侵权的核心依据为混淆可能性，即对“用于识别商品来源的行为”产生的事实效果作出法律评价。

事实上，商标法中诸如“显著性”“通用名称”和“混淆可能性”等众多概念都是以消费者的



认知为建立基础。而消费者认知是使用效果的直接体现，因而商标法实则是以商标的使用效果作为法律的评价重心。此前，美国学者Dogan和Lemley一直强调，商标使用规则（trademark use doctrine）在商标法中起到核心作用。^[8]原则上，一项完整的规则包括主体、行为和效果三项要件。而规则体系的构造通常不是由一个法条所完成。倘若将效果纳入到行为的判断之中，其无异于将行为与效果混为一谈，是对商标使用规则的误读。因此，商标法第48条只是对商标使用规则的行为要件作出了规定。

三、二分思路在定牌加工案件中的适用

上文分析表明，商标使用宛如商标法领域的DNA：^[9]商标法领域内的一切法律问题始于使用行为，终于使用效果。由此，对于OEM引发的法律纠纷，我们只需要解决两个问题：一是OEM是否构成商标使用行为；二是如果构成，该行为又会产生何种法律效果？

（一）定牌加工的行为定性

OEM属于商标使用行为。《商标法》第48条是从行为方式和行为目的两个方面对“商标的使用”进行规定。日本学者指出，“商标的使用行为应当包括为发挥商标固有各种作用而采取的所有行为”。^[10]OEM中包含“在商品之上贴附商标”的行为，显然符合第48条对行为方式的要求。

潜在的问题在于，行为人的主观目的究竟该如何进行判断？或许有人认为，这种判断方式只具有理论意义，而实际上并不具有可操作性。但笔者认为，行为人的主观意图并非不可知悉。正如吕炳斌教授所言，我们需要做

的，其实是在法律构造上进行主观判断的客观化努力。^[11]那么，如何将主观判断客观化呢？孔祥俊教授指出，司法实践可以通过法律拟制确定一个抽象的客观标准，如根据“合理人”“一般人”等抽象的客观化标准进行判断。^[12]如果一个理性人无法认识到商标的存在，法律上也不能承认经营者具有使用商标的目的；相反，一旦商标的存在能够被理性消费者所感知，经营者以没有使用目的作为侵权抗辩的理由是苍白而又无力的。纵观世界各国有关商标使用之规定，“投向市场”“向消费者展示”是定义商标使用行为的核心要素。^[13]质言之，商标法关注的是某一使用行为是否能够用于传播商品信息。以上述理论作为借鉴，笔者试从下述两点对“用于识别商品来源”目的要件进行判断。

第一，要求使一般消费者意识到，经营者确实是在将标志当作商标来使用。这一标准的确立源于对我国台湾地区“商标法”第6条所规定的“足以使相关消费者认识其为商标”的借鉴。对于使用位置以及标志大小都不明显的商标使用方式，尤其是当使用对象是一些描述性商标的时候，消费者根本无法意识到商标的存在。亦即，如果使用标志的行为根本不具有向消费者传达商品信息的可能性，法官也不应将其认定为商标使用。

第二，要求贴附商标的商品最终有流向消费



市场的可能性，或者说有让消费者接触到商品的可能性。需要注意的是，这里的“市场”并不限制在“国内市场”。理论上来说，经营者所实施的商标使用行为不会因地域位置不同而致其属性发生改变。而至于识别效果在哪里产生，则是另一个层面的问题。因此，只要商品最终存在进入市场的可能性，我们就可以将其认定为商标使用。而采用这样一项标准也不会使“只将商标适用于运输或者内部文件”的使用方式纳入到“商标使用”。

如此一来，由多个环节链接而成的OEM毫无疑问是一种商标使用行为，这一点不会因语境（商标形成、维持与侵权）的变化而改变。

（二）定牌加工的效果分析

OEM的效果分析不仅要考虑其实际使用效果，还要考虑该效果产生的地域范围。

第一，单纯的OEM不足以制止他人注册其在先使用的标志。在“无印良品”一案^[14]中，最高院表明，OEM不属于“在先使用并有一定影响”之情形。不少学者据此得出了OEM不属于商标使用之结论。应当说，该结论值得商榷。如前所述，OEM构成商标使用行为的客观事实不因语境而发生改变。真正阻碍其成为第32条所规定的“禁止抢注”之情形的原因，为涉案标志在中国境内不具有“一定影响”。境内消费者无法接触到商品是OEM之典型特征。因而，单纯的OEM只能用于证明行为人已在实际使用某一标志，但OEM本身不能为标志积累影响力。至于该标志是否具有“一定影响”，仍需辅以其他证据来判断。而在无其他有效证据的情况下，行为人无法阻止其他经营者的注册行为。

第二，OEM可以用于商标维持。《商标法》第49条第2款所设立的“连续三年不使用即撤销”制度在1982年的《商标法》中就已经存在。其立法目的主要是出于两个方面的考虑，一是敦促商标权人积极使用其注册商标，二是避免闲置商标阻碍后续商标的注册以致资源浪费。亦即，“撤销只是手段，而不是目的”。^[15]简言之，这一条款并不要求产生“实际识别”，而只需要具有“识别商品来源

的可能性”即可。也正因如此，即便商标使用的地点理应在中国，但只要在境内存在“生产、加工、销售或提供相关服务”的行为即可免遭撤销。^[16]按照如上标准，OEM可以具有商标维持的法律效果。

第三，OEM不会导致混淆。混淆可能性需要以相关公众为视角，对客观事实进行法律评价。从横向来看，相关公众的地域范围应严格以经济来往的特点为依据，而不能以某种跨区域消费可能性来划定。从纵向来看，相关公众是否包括经销商，则完全取决于案件的类型。麦卡锡教授曾指出，在诸如OEM等涉案商品只向消费者提供的商标案件中，法官不宜把经销商放入到相关公众的范围里。^[17]此外，“以事实为根据，以法律为准绳”是民事诉讼法的基本理念之一。OEM完全建立在涉案产品没有在国内市场实际流通的基础之上，故不应把潜在的“商品出口转内销”作为一项考虑因素。即便这种情况真的发生，其也已经超出了OEM的概念限定，理应另当别论。鉴于涉案产品没有在国内市场实际流通，消费者不存在对商品来源产生混淆之可能，故OEM不构成商标侵权。

结语

近年来，如何处理OEM在商标法领域引发的纠纷已经成为司法实践的“烫手山芋”。与其说是因商标使用的“变色龙”属性令司法实践左右为难，毋宁说是司法实践中将“识别效果”与“使用行为”相杂糅，以致商标使用的认定标准模糊不清。在OEM的问题上，司法实践应采用一种清晰的行为与效果二分的思路，首先对OEM的商标使用之属性予以肯定。然后，在此基础上，于不同语境之下，就该行为引发的法律效果作具体分析。

作者单位：华东政法大学

注：本文获“万慧达杯”2021中华商标协会全国高校商标热点问题征文比赛研究生组二等奖。



◀◀ 简讯

2022年世界知识产权日主题发布

(本刊讯)2022年世界知识产权日的主题于近日发布,为:“知识产权与青年:锐意创新,建设未来”,旨在庆祝由青年主导的创新和创造。

当今的青年拥有超乎想象的潜力无限的智慧和创造力。他们的新观点、活力、好奇心和“我能”的态度,以及他们对更美好未来的渴望,正在重塑创新和变革的方法并推动其落实。2022年世界知识产权日为青年人提供了一个机会,让他们了解知识产权如何支持他们的目标,帮助他们把想法变为现实,创造收入,创造就业机会,并对周围的世界产生积极影响。有了知识产权,青年人就可以获得实现其抱负所需的一些关键技能。在整个活动中,青年人能够更好地了解知识产权制度的工具,包括商标、工业品外观设计、版权、专利、植物新品种、地理标志、商业秘密等,将如何帮助他们实现建设更美好的未来的雄心壮志。今天的青年将是明天的发明家、创造者和企业家。世界各个地区的青年都在用他们的创造力和聪明才智推动变革,开辟通往更美好未来的道路。2022年世界知识产权日将为令人激动的新一代变革者进行庆祝。



注 释

- [1] 刘铁光、吴玉宝:《“商标使用”的类型化及其构成标准的多元化》,载《知识产权》2015年第11期。
- [2] 曹佳音:《我国商标法中“商标使用”概念辨析——以贴牌加工为线索》,载《北方法学》2016年第2期。
- [3] 参见(2018)最高法行申8135号。
- [4] 彭学龙:《商标法的符号学分析》,法律出版社2007年版。
- [5] 袁曙宏主编:《商标法与商标法实施条例修改条文释义》,中国法制出版社2014年版。
- [6] 杜颖:《社会进步与商标观念:商标法律制度的过去、现在和未来》,北京大学出版社2012年版。
- [7] 王太平:《论商标法中消费者的地位》,载《知识产权》2011年第5期。
- [8] Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, Grounding Trademark Law Through Trademark Use, Iowa Law Review, Vol. 92, 2007.
- [9] Jeremy Phillips & Ilanah Simon, Trade Mark Use, 1st ed., Oxford University Press, 2005.
- [10] [日]纹谷物男编:《商标法50讲》(魏启学译),法律出版社1987年版。
- [11] 吕炳斌:《商标侵权中“商标性使用”的地位与认定》,载《法学家》2020年第2期。
- [12] 孔祥俊:《论我国商标司法的八个关系——纪念<商标法>颁布30周年》,载《知识产权》2015年第7期。
- [13] 刘春田主编:《十二国商标法》,清华大学出版社2013年版。
- [14] 参见(2012)行提字第2号。
- [15] 参见《中华人民共和国商标法注解与配套》,中国法制出版社2014年版。
- [16] 国家工商行政管理总局商标局、商标评审委员会编著:《商标法理解与适用》,中国工商出版社2015年版。
- [17] See Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 3rd ed., Clark Boardman Callaghan Press, 1995.



第十三届 中国国际商标品牌节

商标赋能新发展 品牌引领双循环

广东·东莞



主办单位：中华商标协会 广东省市场监督管理局 东莞市人民政府
总协办单位：广州阿道夫个人护理用品有限公司



阿道夫®



中国商标年会
China Trademark Annual Meeting

20余场论坛

重磅嘉宾倾情助阵
共论行业前沿话题

.....

中华品牌商标博览会

占地2万平方米



报名咨询电话：010-81401124 010-81401163
010-68014071

博览会招商电话：010-68986840 010-68018015



微信小程序参会
报名二维码



天然茶麸护发发控油蓬松 开启秒冲*“轻”时代

爱的味道一辈子忘不了

阿道夫品牌代言人
白敬亭



打开淘宝/天猫APP扫码
抢山海经茶麸洗发水



*是指阿道夫茶麸系列洗护产品在测试条件下，16cm头发完全冲洗平均时间小于4秒，25cm头发完全冲洗平均时间小于7秒。

第十三届中国国际商标品牌节总协办单位



中国标准连续出版物号：ISSN 1006-7531
CN 11-3655/D

邮发代号：82-49
定 价：16.00元

ISSN 1006-7531



9 771006 753009