

反向混淆理论与规则视角下的“非诚勿扰”案

黄武双

内容提要：反向混淆仅出现于在后使用者所作的广告和促销会淹没在先使用者的市场声誉，致使相关公众因混淆而误以为在先使用者的商品来源于在后使用者的情形。反向混淆的判断标准来源于传统的（正向）混淆，但在判断是否构成反向混淆时应在传统混淆标准基础上特别考虑竞争市场和主观意图两个因素。在“非诚勿扰”案中，原告与被告之间不存在竞争关系，且被告具有主观善意，因此该案不适用反向混淆规则。

关键词：混淆可能性 反向混淆 竞争市场 主观意图 艺术相关性

Abstract: Reverse confusion arises in the situation that junior user overwhelms the market reputation by advertising, causing the public mistakenly believe the products of the senior user come from the junior user. The standard of reverse confusion emanates from the traditional confusion, but should weigh heavily on two important factors, two parties being in the competitive market and having the deliberate intent to push the senior user out of the market. In the case of Fei Cheng Wu Rao, the two parties are not in competitive markets, and the defendant acted in good faith in selecting the allegedly infringing name. Therefore, reverse confusion does not apply to this case.

Key Words: likelihood of confusion; reverse confusion; competitive market; intent; artistic relevance

“非诚勿扰”案二审法院认定被告使用《非诚勿扰》作为节目名称构成对原告“非诚勿扰”注册商标的反向混淆。其理由是，因原告的商标已投入商业使用，被告知名度及节目宣传会使得相关公众误以为原告注册商标的使用与被告存在某种联系，从而影响原告商标的正常使用，使之难以正常发挥应有作用。^①“非诚勿扰”案涉及《非诚勿扰》电视节目的定性（属于商品、服务抑或其他）、服务类别相同与相似的判断、反向混淆的认定标准等诸多问题。本文将从反向混淆理论与规则视角来解读“非诚勿扰”案的判决。

一、反向混淆理论的宗旨：防止“大鱼吞小鱼”

混淆理论是判断是否构成侵犯商标权行为的基石，但通常所谓之“混淆”，对应的是“正向混淆”或“直接混淆”称谓，而非指“反向混淆”。所谓反向混淆，是指购买在先使用商标者的商品时，客户错误地认为自己购买了在后使用商标者的商品。反向混淆仅出现于在后使用者所作的广告和促销会淹没在先使用者的市场声誉，致使相关公众因混淆而误解为在先使用者的商品来源于在后使用者的情形。它与传统“正向混淆”情形刚好相反。^②在成立反向混淆的情况

作者简介：黄武双，华东政法大学教授、博士生导师

在本文撰写过程中，华东政法政法大学知识产权专业博士生阮开欣、硕士生刘迪和陈雅秋、本科生吴雅妮和王志南同学为搜索与整理外文资料辛勤工作数日，在此对五位同学深表谢意。

① 参见广东省深圳市中级人民法院（2015）深中法知民终字第927号民事判决书。

② J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition § 23:10 (4th ed.), “I. Test of Likelihood of Confusion” “A. Keystone of Infringement”.

下,在后使用者并不是想从在先使用者商标上获取利益,而是为了渗透进入市场并排挤在先使用者。其结果往往是,在先使用者的商标价值、产品识别度、企业识别度、商誉和声誉控制力、进入新市场的能力等都将丧失。^③

与正向混淆理论相比,反向混淆理论诞生较晚。反向混淆概念被认为是1918年由霍姆斯法官首次提出,^④他曾在International News Service v. Associated Press案中发表反对意见时指出,“通常的情况是被告假冒原告产品,然而相反方向的误解也会导致同样恶果,即通过某种表述或暗示让人们误以为原告产品源于被告……与常见的不正当交易相比,这种错误更加巧妙和隐蔽,所造成的损害也更为间接。在我看来,苛责第一种行为的规则同样可用来苛责第二种行为。”^⑤

霍尔姆斯法官1918年提出的反向混淆理论当时并未被美国司法实践接受。例如,1968年第七巡回法院在Westward Coach Mfg. Co. v. Ford Motor Co.案件案中拒绝接受反向混淆概念,而用正向混淆规则分析了反向混淆问题,认为在后使用Mustang商标的福特公司无意于假冒在先使用Mustang商标的西部汽车制造公司的产品,原告的商标尚属于弱势商标,没有造成消费者混淆的可能性,因而未支持原告主张。^⑥直到1977年,反向混淆理论才被法院正式接受。美国第十巡回法院1977年判决的Big O Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co.案^⑦被称为反向混淆的起源性判例。

在先使用人Big O是一个在美国西部运营并以私有标识销售大多数轮胎制造商的轮胎且拥有200家零售商的轮胎特许经营商。1973年下半年, Big O开始以Bigfoot商标销售带束斜交轮

胎,并于1974年春节完成首批销售。同时,实力强劲的固特异轮胎与橡胶公司于1974年夏天决定使用Bigfoot作为新子午轮胎的商标。固特异公司预算了600万美元拟投放于接下来5个月的促销活动,包括大规模全国范围内的电视广告;在准备投放次月广告时,固特异公司第一次获悉Big O已在轮胎上在先使用Bigfoot标识。在与Big O谈判未果后,固特异公司决定如期投放广告并开展销售活动。就这样, Big O的Bigfoot标识的识别性被淹没了。人们在看到固特异公司电视推销Bigfoot牌新子午胎时,都前来Big O销售点购买。Big O零售商不得不对将信将疑的客户作解释,他们只卖Bigfoot带束斜交轮胎,而不卖固特异公司的Bigfoot牌子午胎。陪审团和法官认为,客户误以为Big O盗用了固特异公司Bigfoot轮胎市场的想法是在理的。对大多数客户而言, Bigfoot指向了固特异公司,任何使用该标记的人都应该是廉价的模仿者。虽然不存在“正向混淆”,也没有仿冒行为,但是陪审团依据反向混淆理论支持了1960万美元的赔偿,并认定构成对Big O的商标和声誉的贬损,且支持了惩罚性赔偿。上诉法院维持了前述民事责任的认定,但将损失减至470万美元;在最高法院可能进行的审查之前,该案双方当事人达成了和解。

第一巡回法院1981通过Pignons S. A. de Mecanique de Precision v. Polaroid Corp.案,^⑧第二巡回法院1983年通过Plus Products v. Plus Discount Foods, Inc.案,^⑨第三巡回法院1994年在Fisons Horticulture, Inc. v. Vigoro Industries, Inc.案,^⑩第五巡回法院1980年在Capital Films Corp. v. Charles Fries Productions, Inc.案,^⑪第七巡回法院1992年在Sands, Taylor & Wood Co. v. Quaker Oats

^③ Ameritech, Inc. v. American Information Technologies Corp., 811 F.2d 960, 1 U.S.P.Q.2d 1861 (6th Cir. 1987); Imperial Toy Corp. v. Ty, Inc., 48 U.S.P.Q.2d 1299, 1998 WL 601875 (N.D. Ill. 1998). 参见Long & Marks, “Reverse Confusion: Fundamentals and Limits,” 84 Trademark Rep. 1, 28-29 (1994).

^④ See Molly S. Cusson, Reverse Confusion: Modifying the Polaroid Factors to Achieve Consistent Results, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, Autumn, 1995, at 186.

^⑤ See International News Service v. Associated Press, 248 U.S.215, 247(1918).

^⑥ See Westward Coach Mfg. Co. v. Ford Motor Co., 388 F.2d 627,631(7th Cir. 1968).

^⑦ See 408 F. Supp. 1219, 189 U.S.P.Q. 17 (D. Colo. 1976), aff'd and award modified, 561 F.2d 1365, 195 U.S.P.Q. 417 (10th Cir. 1977), cert. dismissed, 434 U.S. 1052, 54 L. Ed. 2d 805, 98 S. Ct. 905 (1978).

^⑧ 657 F.2d 482, 212 U.S.P.Q. 246 (1st Cir. 1981).

^⑨ 722 F.2d 999, 222 U.S.P.Q. 373 (2d Cir. 1983).

^⑩ 30 F.3d 466, 31 U.S.P.Q.2d 1592 (3d Cir. 1994).

^⑪ 628 F.2d 387, 208 U.S.P.Q. 249 (5th Cir. 1980).

Co.案,^⑫第九巡回法院1987年在Fuddrucker, Inc. v. Doc's B.R. Others, Inc.案^⑬分别首次判决支持了反向混淆理论。美国《反不正当竞争法重述(第三版)》(1995年)在第20条之评论部分亦对反向混淆进行了简要归纳:“反向混淆理论仍然属于规制商标侵权的传统规则范畴。”^⑭美国专利商标局1977年在In re General Motors Corp.行政案件中^⑮开始运用反向混淆为理论依据裁决。在1989年的American Hygienic Laboratories, Inc. v. Tiffany & Co.案中,^⑯异议人主张其Tiffan“E”牌化妆品的潜在购买者可能错误地相信,这些商品来自拟将商标注册范围从珠宝扩张至化妆品的申请人Tiffany,或者误以为与Tiffany有赞助关系。美国商标审理与申诉委员会裁定异议成立。

通常而言,只有在能够证明在后使用者通过大量广告来淹没在先使用者声誉的情况下,反向混淆才会被认定。反向混淆原理就是为了阻止这种灾难性局面的出现,即更大更强的公司掠夺更小的在先使用者商标的商业识别性。^⑰

二、反向混淆判断标准:源于传统混淆但考虑特殊因素

(一)反向混淆标准源于传统(正向)混淆

实际上,尽管在Big O案中法院接受了反向混淆理论,但尚未形成判断反向混淆侵权的标准。1983年第二巡回法院在Plus Products v. Plus Discount Food, Inc.案^⑱中明确提出,反向混淆侵权分析应当沿用与正向混淆相同的思路,即原告必须证明存在受保护的商标,并证明存在消费者混淆两种商品来源的可能性。

在以正向混淆审查思路来判断是否构成反向混淆的共识达成后,关注焦点自然就落在是否构成来源混淆的判断上。不管是联邦法院还是州法

院,都将混淆可能性作为判断商标侵权成立与否的必要条件。

混淆可能性测试需要衡量的众多因素,最初见诸于1938年《侵权法重述》。尽管各巡回法院已发展出自己的混淆可能性判断标准,但第二巡回法院通过Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp.案所归纳的八个要素规则影响巨大。这八个要素为:标识的强度、双方标识的相似程度、产品的近似程度、在先权利人扩张产品种类和地域范围以弥补差距的可能性、实际混淆、被告确定标识时的善意程度、被告产品的质量、消费者的注意力程度。^⑲由于原告起诉时已超过诉讼时效,第二巡回法院并未对所提出的八个要素进行详细分析。

第二巡回法院在1993年判决的W.W.W. Pharmaceutical Co., Inc. v. Gillette Co.案中,^⑳第一次根据前述八个要素对反向混淆是否成立进行了分析。

针对标识强度因素,法院确定了两个标准:(1)商标具有固有显著性的程度;(2)商标在市场中具有显著性的程度。法院认为,将Sports与stick组合为一个词需要想象力,Sportstick属于暗示性而非描述性。当然,仅有暗示性并不能证明商标强度很高,还必须分析商标的第二含义。在考察第二含义时,法院侧重没有分析消费者实际识别程度的客观证据,而着重考察了在先使用者的销售量,基于WWW很小的产品销量,认定“WWW产品在全国的认知度很小”,商标强度较低。

针对标识相似性要素,法院从规模、标识、字体、包装设计等方面分析了产品的总体印象,认定除了名称相似之外,商标本身并不构成混淆性相似。法院还认为,产品相似性并非决定因素,而且原告未提供自己准备扩张产品种类以弥补差距的意图。

^⑫ 978 F.2d 947, 24 U.S.P.Q.2d 1001, 1010 (7th Cir. 1992).

^⑬ 826 F.2d 837, 4 U.S.P.Q.2d 1026 (9th Cir. 1987).

^⑭ Restatement Third, Unfair Competition, § 20, comment f (1995).

^⑮ 628 F.2d 387, 208 U.S.P.Q. 249 (5th Cir. 1980).

^⑯ 12 U.S.P.Q.2d 1979, 1989 WL 274397 (T.T.A.B. 1989).

^⑰ Commerce Nat. Ins. Services, Inc. v. Commerce Ins. Agency, Inc., 214 F.3d 432, 55 U.S.P.Q.2d 1098 (3d Cir. 2000).

^⑱ See Plus Products v. Plus Discount Foods, Inc., 722 F.2d 999(2d Cir. 1983).

^⑲ See Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp., 287 F.2d 492 (2d Cir.), cert. denied, 368 U.S. 820 (1961).

^⑳ 984 F.2d 567 (2d Cir. 1993).

针对实际混淆要素,原告董事长提交了在两个单独场合他自己与已将原告与被告产品混淆之人谈话的证词。法院未采信与第一个自称产生混淆之人谈话的证词,因为没有证据表明这个人是在潜在购买者或者他所称的混淆已经影响了他的购买决定。法院援引了第十一巡回法院Freedom Sav. and Loan Assoc. v. Way案^①的观点,用来证明混淆的证人必须是潜在的购买者。

针对被告善意程度要素,法院注意到Gillette选择与产品形象匹配的名称时,已经做过商标检索而信赖法律顾问的意见。法院认为,被告证明了自己的善意勤勉,但原告未能提交被告意图促成混淆的任何证据。法院将证明在后使用者具有恶意的举证义务分配给在先使用者,而且法院重点关注在后使用人是否希望利用原告的商誉。在此基础上,第二巡回法院进行了深入分析,认为“考虑到Gillette名称的识别度与商誉、WWW很低的识别度,任何混淆都将有助于原告而非被告。”

第二巡回法院认为,原告未能证明反向混淆的可能性,维持了一审作出的不构成反向混淆侵权的判决结果。

美国从第一至第十一巡回法院、联邦巡回上诉法院和华盛顿特区巡回上诉法院都有自己独立的(正向)混淆可能性判断标准,不过核心要素并无本质差异。^②

(二) 反向混淆特殊因素:竞争市场与主观意图

直到近期,美国所有巡回法院都接受了反向混淆理论,而且部分巡回法院已经有了分析反向混淆的框架,但尚未形成统一规则。^③迄今为止,第二、第三、第七和第八巡回法院在考虑了特殊情形后归纳了分析反向混淆的一些规则;

而第一、第四、第九、第十、第十一巡回法院则对各自的正向混淆分析框架设定统一的例外情形。^④尽管尚无完全一致的标准,但在判断是否构成反向混淆时,法院通常会在正向混淆标准基础上特别考虑以下因素:

1. 双方之间是否存在竞争关系。如果二者产品或服务不存在竞争关系,标识的在先使用者与在后使用者之间就不太可能发生反向混淆;他们各自的市场是分离的,二者广告针对的购买者类型也是不同的。在先使用者的客户,在通常情况下,不会注意在后使用者的广告和促销活动,因而不大可能熟悉在后使用者的标识。在少数在先使用者的客户接触在后使用者的标识时,不会对在先使用者的标识和商誉产生“覆盖”或“淹没”效果。在这种情况下,反向混淆就不太可能发生。^⑤例如,在Checkpoint Systems, Inc. v. Check Point Software Technologies, Inc.案中,^⑥法院认为,由于购买在先使用者Checkpoint牌电子监视设备和防盗检测系统的决定者通常并非被告Check Point牌昂贵的企业计算机防火墙安全软件的目标客户,因而不大可能产生反向混淆。同样,在Playmakers LLC v. ESPN, Inc.案中,^⑦法院认为,在先使用者将Playmakers用于代表职业运动员机构,而在后使用者将Playmakers用在与职业足球有关的电视系列剧上,也不会产生反向混淆。

2. 在先使用者是否有意弥补差距。在不扩张产品种类和销售地域的情况下,在先使用者是无法利用已有商标进入新市场的。保护商标最有说服力的理由,就是要保护标识所有者合理期待将来进入新市场的机会。法院认定,根据等渗透饮料市场的测试,在等渗透饮料市场许可使用First Aid商标的成功几率很高,原告已通过某些公司

^① 757 F.2d 1176, 1185 (11th Cir.), cert. denied, 474 U.S. 845 (1985).

^② Richard L. Kirkpatrick, Likelihood of Confusion in Trademark Law § 2:4, Practising Law Institute, 2012.

^③ See Nancy Del Pizzo, Comment, Developing a Uniform Test for “Reverse Confusion” Trademark Cases in the Sports & Entertainment Industries, 14 Seton Hall J. Sports & Ent. L. 175-177, 186 (2004) (列举了各巡回法院判断的独立要素)。Also see Deborah F. Buckman, Annotation, Reverse Confusion Doctrine Under Lanham Trademark Act, 187 A.L.R. Fed. 288(2003).

^④ See Christina P. Mott, Multifactors, Multiconfusion? Refining “Likelihood of Confusion” Factors for Reverse-Confusion Trademark Infringement Claims to Achieve More Consistent and Predictable Results, Suffolk University Law Review 2014, 442.

^⑤ J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition (4th ed.), § 23:10, I. Test of Likelihood of Confusion, A. Keystone of Infringement, Database updated December 2015.

^⑥ 269 F.3d 270, 60 U.S.P.Q.2d 1609 (3d Cir. 2001).

^⑦ 376 F.3d 894, 71 U.S.P.Q.2d 1759 (9th Cir. 2004).

尝试推销了First Aid牌等渗透饮料并赚了钱。在反向混淆语境下，在后使用者覆盖在先使用者商标可能进入的领域的行为构成侵权。^{②8}

3.在后使用者是否存在疏忽。已达成共识的是，反向混淆成立与否，与在后使用者是否具有免费搭乘在先使用商标声誉便车的主观意图没有关联。在反向混淆案件中，法院通常不审查在后使用者是否有利用在先使用者商誉和声誉的主观意图这一典型“正向混淆”问题。然而，法院通常会调查在后使用者选定拟使用的商标时，是否已经为防止侵权进行了适当检索，否则可能被认定存在疏忽。^{②9}正如某法院在反向混淆案件中所言：“适当的主观意图审查应该是，被告行为是否存在疏忽，或者在选择被诉侵权名称上是否有可责性。”^{③0}第三巡回法院认为，在反向混淆案件中，应当审查是否存在另一种不同类型的主观意图，即在后使用者是否存在将在先使用者挤出市场的主观故意。^{③1}

对反向混淆而言，原告仍需要提供证明混淆可能性的证据。缺失来源或赞助关系混淆可能性，反向混淆就不能成立。如果客户的唯一误解是在先使用者拷贝了在后使用者的标识，这并不足以认定反向混淆。Breyer法官作了一个假设：在先使用者Tom被（相关公众）误认为拷贝了在后使用者Mary的SupR-Chopper商标，如果仅因这个误解（法院）就认定构成商标侵权，那么“即便Mary在产品上（如SupR-Chopper牌直升飞机）使用SupR-Chopper商标这一做法不会导致（相关公众）误认其与厨房用具有关系，Tom也可能在起诉Mary商标侵权的案件中胜诉，因为公众仍然会误以为Tom是一个剽窃者。”Breyer法官认为这个结果是无法接受的。^{③2}正如波斯纳法官的评论，“知悉或认为某生产商是一个剽窃者并未构成来源混淆：因为你知道该来源于何人，与你

认为他是好人或坏人无关。”^{③3}概言之，应当提供“混淆”而非“误解”的证据来证明反向混淆的成立，“误解”不等于“混淆”。

反向混淆亦包括反向混淆可能性和实际反向混淆两种情况。用以证明反向混淆可能性的证据，最为常见的就是消费者问卷调查。在传统正向混淆案件中，问卷调查的对象为在后使用者的商品或服务的潜在购买者，而在反向混淆语境下，应侧重考察相关公众是否将标识来源与在后使用者商标而非在先使用者商标联系起来，因而反向混淆问卷调查的对象应当是在先使用者的客户。^{③4}调查的内容为，在先使用者的客户是否误以为知名的在后使用者才是真正的来源，或者赞助、支持了在先使用者的商品或服务。^{③5}实际反向混淆的证据可能包括，不满意在后使用者商品但却联系在先使用者进行投诉的客户。^{③6}

三、“非诚勿扰”案要点评析

判断反向混淆类型侵权行为成立与否，与判断传统的正向混淆侵权行为一样，在我国仍应当以原告拥有商标权为前提，并在考虑反向混淆特殊要素的基础上，逐个分析侵权构成的四个要件，即损害后果、因果关系、行为违法、主观过错，只不过需要将反向混淆的特殊因素融入侵权构成的四要件进行分析。

（一）在先商标强度与侵权判定的关系

“非诚勿扰”为一个文字组合而非成语。成语都具有文字字面之外的含义，如“三顾茅庐”用来表达“真心诚意”、“一再邀请、拜访有专长的贤人”的意思。“非诚勿扰”原本没有字面之外含义，但在华谊兄弟公司于2008年和2010年推出两部电影之后，人们会将“非诚勿扰”与这两部电影联系在一起；而在2010年1月15日《非诚勿扰》娱乐节目播出并火爆以后，人们又更多

^{②8} Sands, Taylor & Wood Co. v. Quaker Oats Co., 978 F.2d 947 (7th Cir. 1992), cert. denied, 113 S. Ct. 1879 (1993).

^{②9} J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition (4th ed.), § 23:10, I. Test of Likelihood of Confusion, A. Keystone of Infringement, Database updated December 2015.

^{③0} Altira Group LLC v. Philip Morris Companies Inc., 207 F. Supp. 2d 1193, 1200, 63 U.S.P.Q.2d 1438, 1443 (D. Colo. 2002).

^{③1} See Freedom Card, Inc. v. JPMorgan Chase & Co., 432 F.3d 463, 478, 77 U.S.P.Q.2d 1515 (3d Cir. 2005).

^{③2} DeCosta v. Viacom Int'l, Inc., 981 F.2d 602, 25 U.S.P.Q.2d 1187, 1193 (1st Cir. 1992).

^{③3} Peaceable Planet, Inc. v. TY, Inc., 362 F.3d 986, 70 U.S.P.Q.2d 1386 (7th Cir. 2004).

^{③4} 978 F.2d 947 (7th Cir. 1992), cert. denied, 113 S. Ct. 1879 (1993).

^{③5} Walter v. Mattel, Inc., 210 F.3d 1108, 54 U.S.P.Q.2d 1501 (9th Cir. 2000).

^{③6} Attrezzi, LLC v. Maytag Corp., 436 F.3d 32, 77 U.S.P.Q.2d 1641 (1st Cir. 2006).

地联想到该娱乐节目。在当下，“非诚勿扰”几乎成了一个指向被告《非诚勿扰》娱乐节目的“代称”。这个现象与商标法上的第二含义类似。

即便如此，仍不能排除“非诚勿扰”所具有的字面含义，即“没有诚意，请不要前来打扰”。该文字组合表述了表意者限缩相对人范围的意思，清晰地描述了对前来接触、交流、商谈者的要求。“非诚勿扰”的字面含义适用范围较广，至少可以用在发布征婚征友、房产中介等各类广告上。

小说、电影、电视节目、电子游戏等表达型媒体的表述是否侵犯他人商标权，其核心问题就是要判断这些媒体节目的观众是否会错误认为其介入或描述了一个已被类似商标标明来源的商业产品或服务。^{③7}美国第二巡回法院1989年通过Rogers v. Grimaldi案^{③8}创设的Rogers标准，就是用来有效平衡媒体表达自由（权）与阻止混淆或欺诈（权）的规则。Rogers平衡标准强调，在保护商标权人市场利益的同时，必须充分关注表达型作品创作者的表达自由（权），精准平衡商标权利的私利益与社会公众的利益。如果被告对某标识的使用与图书、电影、电视节目等表达型媒体“作品”的内容相关，则传统混淆理论将被搁置一边，只有在有足够证据证明该使用已明显造成误解并混淆了产品或服务来源的情况下，才能认定构成商标侵权。这就是Rogers标准的核心要素——艺术相关性。

所不同的是，英国法院在相关判例中采用更为直接的标准，即这些与内容相关的表述并不构成商标使用和商标法意义上的使用。例如，在Mothercare (UK) Ltd v Penguin Books案中，^{③9}原告为销售孕妇、婴儿、儿童服装及有关商品和书籍注册了Mother Care商标，被告企鹅出版社1984年在英国出版了一本名为Mother care/Other care、内容为对在职母亲将孩子委托他人照顾所产生问

题进行社会学研究的图书。法院认定，被告使用Mother Care并不属于一种商标使用或商标意义上的使用，而且Mother Care与Other care客观上共同且恰当地描述了图书的内容，因而不侵犯商标权。在之后出现的Bravado Merchandising Services Limited v. Mainstream Publishing (Edinburgh) Limited案中，^{④0}法院基于相似理由在认定书名A Sweet little Mystery-Wet Wet Wet-The Inside Story未侵犯原告Wet Wet Wet商标权的同时，更是直言不讳地指出，“在商标立法主要目的是保护商标作为商品来源标志的情况下，如果商标注册能阻止出版商将作为商标的名称用作书名，那将是商标立法一场可怕的灾难。”^{④1}

经验告诉我们，读者在选择图书以及观众在选择电视节目时，书名和节目名称并未被视为“产品”来源的标识，而仅仅作为判断图书或电视节目内容是否为适合自己需求的一个重要线索，因为在人们观念中，书名和电视节目名称已经成为其内容的画龙点睛之笔。由于“非诚勿扰”文义可以适用的情形较为广泛，电视台将其用作“交友类”电视娱乐节目名称与节目所传播的内容之间具有艺术相关性；以“非诚勿扰”表述电视节目内容的一个核心特点，具有正当性与合理性，不属于商标使用，更难谓侵犯商标权。

（二）竞争关系与差距弥补可能性

简要分析《非诚勿扰》节目，便可得出其为娱乐节目而非为提供婚恋介绍服务的属性。《非诚勿扰》节目与现实生活紧密相连，用独特方式表现当下社会现象，引起了观众共鸣，以“交友”节目形式客观呈现了当下年轻人多元的思想与价值观、人生观、婚恋观，并引发观众的讨论和反思。概言之，《非诚勿扰》节目并非以获取婚姻介绍费为经营目的，而是一种具有文化内涵的电视娱乐节目，并具有一定的价值导向功能，集娱乐性、趣味性、刺激性、参与感等多种要素为一体。

^{③7} J. Thomas McCarthy, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition (4th ed.), § 10:22. Use of commercial marks in the media and expressive works, Database updated December 2015. § .

^{③8} 875 F.2d 994, 999, 16 Media L. Rep. 1648, 10 U.S.P.Q.2d 1825 (2d Cir. 1989).#6 Attrezzi, LLC v. Maytag Corp., 436 F.3d 32, 77 U.S.P.Q.2d 1641 (1st Cir. 2006).

^{③9} [1988] R.P.C. 113 CA.

^{④0} [1996] FSR 205.

^{④1} 参见高光伟：《英国对商标的保护（二）——书名使用构成商标侵权了吗？》，载《中华商标》1997年第4期，第30-31页。

2012年12月2日,冯小刚作客《非诚勿扰》节目时曾评价:“透过男女嘉宾可以看到当代社会的面面观,每一位《非诚勿扰》的嘉宾都代表了一个群体、一个圈子,他们的思想、追求、梦想都浓缩在《非诚勿扰》节目中。”^{④2}这正是“非诚勿扰”电视节目能够吸引海内外男女老少各阶层人群的重要原因。而且,该节目也迥异于其他相亲类电视节目,已然成为观察中国社会的一个窗口,已有人将它称为“现象级”节目。

所不同的是,原告注册的第45类“交友服务”(450005)和“婚姻介绍服务”(450112),是指由婚介机构为征婚者提供满意的征婚对象资料、安排双方互换联系方式等服务、婚介机构收取服务费的一种民事活动。婚姻介绍机构,有的申领了企业法人营业执照,有的申领了个体工商户营业执照,也有极少数登记为民办非企业机构的。婚姻介绍机构通常登记的业务范围为“为单身男女提供交友相亲服务”、“婚姻介绍”等。

冠以《非诚勿扰》名称的电视娱乐节目与婚姻介绍机构提供的婚姻介绍服务存在以下两个重要差异:

1.参与主体不同。娱乐节目的参与对象,除了嘉宾之外尚有众多的观众,收视率乃是决定电视节目是否受欢迎、能否延续的一个主要评价标准。《非诚勿扰》节目参与者,不仅有报名参加的未婚青年男女,还有透过屏幕观看节目的各类人群,这些人多数并无接受婚姻介绍的需求。所不同的是,前来婚介机构登记的均为单身求偶人士,显然不能包括已婚人群在内。

2.收入来源不同。婚介服务费乃是经登记的婚介机构主要收入来源,而婚介服务费显然不能成为被冠以《非诚勿扰》名称的电视节目的主要收入来源。当然,这点可以在将来的再审程序中予以核实。从现有案件材料证据可以看出,广告费乃是《非诚勿扰》节目主要收入来源,例如,2013年被告广告价目表显示,《非诚勿扰》播出前的21:08-21:10时刻的广告价格为110000元/5秒、210000元/10秒、300000元/15秒。^{④3}

从以上差异可以看出,被告《非诚勿扰》电视节目内容与原告注册的“交友服务”、“婚

姻介绍服务”性质迥异,二者并不在同一个市场内,它们之间并无市场竞争关系,更没有直接竞争关系。

《非诚勿扰》电视节目的竞争对手为其他电视台的类似节目,诸如《非常约会》、《相亲总动员》、《全城热恋》、《生活帮帮帮-帮牵手》、《今日有约》、《爱的就是你》、《不见不散》、《快乐大联盟》、《百里挑一》、《爱情连连看》等至少几十个电视台的交友类节目。而原告注册的“非诚勿扰”商标所使用的第45类“交友服务”(450005)和“婚姻介绍服务”(450112),以服务费为主要来源,即便可以借助网络资源扩充其服务对象,其竞争对手充其量也只能是中国社会行业协会婚介行业委员会统计的全国两万多家传统婚介机构(其中网络婚介机构约6000多家)。^{④4}

电视节目只能依附于电视台才能传播,而电视台显然是原告的“交友服务”和“婚姻介绍服务”无法延伸到的地方。因此,可以得出结论,《非诚勿扰》电视娱乐节目与原告的“交友服务”与“婚姻介绍服务”没有任何交集,不会形成任何市场竞争关系,也即二者市场的相关公众存在明显差异。这种差异就决定了《非诚勿扰》节目与原告“非诚勿扰”商标之间不会产生任何混淆,因而也不存在“正向混淆”类型的侵犯商标权行为。

前述《非诚勿扰》节目观众群体与“非诚勿扰”婚介机构客户之间的本质差异,说明二者不存在竞争关系。而反向混淆规则的重点在于,保护在先使用者正在或即将延伸产品或服务类别及其地域范围,从而保护其扩张市场的机会,那么“非诚勿扰”案原告是否正在或即将延伸到娱乐电视节目呢?显然,电视台的设置和电视节目的播出是原告所无法延伸到的领域,这就决定了二者之间不仅没有竞争关系,而且原告不具备跨越进入电视娱乐类节目的可能性。

就“非诚勿扰”案而言,以上理由足以在法律上得出不构成反向混淆,被告不侵犯原告商标权的结论。出于全面阐述反向混淆规则之考量,本文继续分析以下要素。

^{④2} 参见马丹、陈颖:《一九四二 开局不利 冯小刚放下身段走进 非诚勿扰》,载《华西都市报》2012年12月3日。

^{④3} 参见广东省深圳市中级人民法院(2015)深中法知民终字第927号民事判决书。

^{④4} <http://baike.haosou.com/doc/5341729-5577172.html>。

（三）传统侵权构成要件分析

1.行为违法性与主观过错要件。通常情况下，某行为违反了不得侵害他人权益的义务，即具备违法性。由于《非诚勿扰》电视娱乐节目不损害原告市场利益，即以婚姻介绍、交友服务获取利润的机会，难以认定被告行为存在违法性。假设该案被告是一家普通的婚介机构，即双方的服务同处于一个竞争市场之中，在原告“非诚勿扰”商标获准注册之前就因投放大量广告获取了较高知名度，判断被告使用商标的行为是否侵犯原告商标权时，应综合考察被告选择商标时是否存在原告商标、被告是否已尽合理注意义务等因素，不能武断认定作为在先使用者的被告侵犯了申请在先者的商标权。这种情况与2015年初由北京知识产权法院判决的“微信”商标案极其类似。^④《非诚勿扰》电视娱乐节目2010年1月15日首期播出时，原告申请的商标尚未初审公开，可以推定被告使用“非诚勿扰”作为节目名称时并无“损害”原告权益的主观意图。

2.损害后果与因果关系要件。《非诚勿扰》电视娱乐节目的火爆已大大提升了“非诚勿扰”

文字组合的知名度，即便有人将原告“非诚勿扰”婚介所误解为与《非诚勿扰》电视节目有关联，或者误以为原告从《非诚勿扰》节目“拷贝”了名称，也不会造成对原告的任何损害，因为二者不在同一个竞争市场。客观而言，原告婚介所的知名度会因《非诚勿扰》节目而大大提升，为节约推广婚介业务成本提供了可能性。也就是说，原告不仅没有因《非诚勿扰》节目遭受损害，反而从《非诚勿扰》节目较高的知名度和声誉中受益。当然，这种受益是否正当并不属于本文所要研究的内容。

由于不存在损害后果，便无继续分析因果关系的必要。

反向混淆属于混淆之一种，在我国商标法律制度作出明确规定之前，应援引《商标法》第57条规定作为判决依据，但需要对“容易导致混淆”如何包含“反向混淆”进行法理解释。较之于正向混淆，反向混淆的法理和规则更为复杂，建议最高人民法院组织研究并尽快确立反向混淆的大致标准，以免出现过于悬殊的判决结果。■

^④ 参见黄武双、阮开欣：《商标申请人与在后使用人利益的冲突与权衡》，载《知识产权》2015年第4期，第45页。