

商标法57、反法2 | 浅析房地产跨行业攀附商标声誉行为的法律规制（2020）

日期：2020.04.21 作者：何为

近日，广东省高级人民法院二审审结一起宝格丽公司、宝格丽上海公司诉湖南某公司等商标侵权及不正当竞争案，法院终审认定第14类“装饰品（珠宝）、表”商品上注册的商标“BVLGARI宝格丽”为驰名商标，应对其进行跨类保护，遂认定原审被告湖南某公司等三被告以“宝格丽”冠名其开发的楼盘和突出使用“宝格丽”等商标对涉案楼盘进行宣传的行为构成商标侵权，并判决原审三被告立即停止侵权，赔偿原告宝格丽公司经济损失及合理维权费用合计310万元[1]。

这是一起典型的房地产跨行业攀附奢侈品牌商标声誉的案件。随着现代产业日益综合化和多元化发展的情况下，跨界合作和混业经营越来越常见。相应地，跨行业攀附行为越来越频繁，其中房地产跨行业攀附商标声誉的行为更是屡见不鲜。对于此类行为的定性和法律适用，司法实践中并不完全一致。本文试图通过对既往案例的对比分析，就房地产跨行业攀附商标声誉的行为的规制方式和条件进行梳理：

一、商标性使用可以通过驰名商标进行保护

若房地产跨行业攀附商标声誉的行为属于“商标性使用”，则可以适用驰名商标保护制度予以规制。但在实践中，房地产跨行业攀附行为的形式呈现多样化，如何判定是否属于商标性使用行为则成为司法实践中的一大难点。通过对既往案例的对比分析，房地产跨行业攀附商标行为主要有以下三种形式：

1. 明显的商标性使用行为

即将商标直接在被控侵权行为所涉及的商品或服务上使用，如本文开头所提到的“宝格丽公寓案”，被控侵权人即将“宝格丽”商标直接用于其所售的楼盘命名和相关宣传中。

在宝格丽公寓案中，被告在其楼盘的外墙面、车库以突出使用“宝格丽”、“Baogene”、“宝格丽公寓”等标识，在楼盘指示牌标注“TASKIN宝格丽公寓”名称，并在网站上宣传和推广以“宝格丽”冠名的涉案楼盘，起到了识别产品来源的作用，构成商标性使用。被告的行为容易造成相关公众误认为其开发销售的商品房与宝格丽公司存在特定联系，不正当利用了宝格丽公司驰名商标的市场声誉牟取不法利益，从而对宝格丽公司利益造成损害原告。虽然在36类上注册了“BVLGARI 宝格丽”等四个商标，但该注册是在起诉后一审期间取得，不能约束三被告在本案诉讼前实施的被诉侵权行为，因此本案的权利基础是宝格丽公司在第14类上注册的“BVLGARI宝格丽”商标，因此需要适用驰名商标保护制度对原告的“BVLGARI宝格丽”商标进行跨类保护。

2. 明显的非商标性使用行为

一般是将附着商标的产品或商标图案作为装饰性元素使用。如在路易威登马利蒂公司诉上海鑫贵房地产开发有限公司等商标侵权和不正当竞争纠纷案[2]中（路易威登上海案），被控侵权人将载有路易威登商标的手袋产品作为其楼盘广告模特中所持的装饰物。

3. 有争议的使用行为

这类行为并不直接将权利人的商标用于房地产项目，也并未局限于仅将权利人的产品作为宣传文案的装饰品，而是利用所谓的品牌活动对其楼盘进行宣传，如“某某品牌进驻”、“某某品牌秀”、“品牌展”，并在相关的外广告宣传中突出使用权利人的商标。针对这种使用，司法实践中基于使用商标所描述的活动和不同的使用方式，似乎在定性上存在了差异。

在普拉达有限公司与东方源公司、华商报社侵害商标权、不正当竞争纠纷一案[3]中（普拉达陕西案件），被告东方源公司在商业广告中使用的女款手提包中有“PRADAMILANO”并在相关广告语“普拉达——PRADA，意大利时尚品牌，始创于一九一三年，全球顶级奢侈品牌进驻，引领国际奢侈生活潮流”中突出使用“普拉达 - PRADA”商标。西安市中级人民法院东方源公司的行为仅仅为向消费者描述将引进“PRADA”等全球奢侈品牌进驻，并未在其经营的房产项目和推销的店铺商品上使用普拉达公司的相关商标，故不构成商标性使用。

而在普拉达有限公司与时代公司侵害商标权、不正当竞争纠纷一案[4]中（普拉达温州案件），时代公司发布一则广告宣传时代·御园产品说明会以及同时举办的Prada国际奢侈品秀。温州市中级人民法院认为，鉴于使用的PRADAMILANO标识与“时代·御园”标识并列突出标注于广告上方，还以花体“TimesRoyalGarden&Prada”作为广告背景，足以判定该二处标识均能起到标示商品来源的作用，故认定其为商标性使用。然而，在认定商标所使用的商品时，法院以奢侈品秀所涉及的是普拉达服装、挎包为由认为该商标所使用的尚未为服装和挎包，进而认定上述行为通过嫁接品牌的影响力，使得商标的“表彰”功能受到损害，进而认定构成普通商标侵权。

在普拉达陕西案件，笔者认同本案中不构成商标使用的结论，但似乎一刀切的把并非用于被控侵权人所销售的商品和服务的行为，认定为不构成商标使用有些过于绝对。而在普拉达温州案件中，虽然法院肯定了具体的使用方式仍然可以构成商标侵权，但鉴于消费者此处的误认对象并非相关活动中涉及的商品，而是该房地产项目与权利人的合作关系，法院将该使用行为认定为是对服装、挎包的使用，似乎变相降低了侵权认定的门槛，也有欠妥当。所以综合来看，将这种能够造成特定联系的误认认定为在房地产项目上的使用，通过驰名商标的反攀附保护予以规制似乎在法理上更加顺畅。当然，这两个案例中法院之所以采取上述做法也很可能是因为原告方并未主张驰名商标保护的限制而做出的权宜之举。

综上所述，若房地产跨行业攀附商标声誉的行为属于商标性使用，如果权利人未在房地产相关服务上注册商标并使用，仍可通过寻求驰名商标保护对此行为加以规制。

二、非商标性使用可以通过《反不正当竞争法》进行规制

从既往司法实践来看，对于非商标性使用的跨行业攀附行为，则可以通过适用《反不正当竞争法》第二条的诚实信用原则条款予以规制。具体而言，有如下几个核心问题需要关注：

1. 竞争关系的认定

竞争关系认定之于不正当竞争侵权认定有点类似于商标性使用之于商标侵权行为认定，是侵权认定的潜在先决条件。在早期的判例中，法院对于跨行业的主体是否存在竞争关系并没有统一的认识，甚至有时是矛盾的。例如，在普拉达温州案件中，温州市中级人民法院就认为普拉达与地产公司之间不具竞争关系，从而拒绝适用《反不正当竞争法》予以保护。而在普拉达西安案件中，西安市中级人民法院则持相反观点，但也似乎在论述有意规避了对这一问题的深入论述。

2016年，最高人民法院在硅藻土案的再审裁定中[5]明确指出：经营者之间是否具有经营同类产品的直接竞争关系，并不是适用反不正当竞争法的先决条件。反不正当竞争法着眼于对整个市场竞争秩序的维护，其所要规范的并非仅限于狭义上的经营同类商品或替代商品的竞争对手所实施的违反公认的商业道德的侵权行为。

随着最高院的指引，也可以看到各地法院认识也相对趋于统一，即相关主体行业的差异基本不会构成对竞争关系认定的障碍，如后面的路易威登KTV系列案件[6]。

2. 损害的认定

针对《反不正当竞争法》第二条的适用条件，最高院曾在海带配额案中[7]做过明确的论述：一是法律对该种竞争行为未作出特别规定；二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为而受到了实际损害；三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。这其中，将经营者遭受的损害认为是侵权构成的要件之一。

在房地产跨行业攀附行为中，由于奢侈品品牌权利人的业务一般不涉足房地产行业，且房地产方亦会积极正面的宣传权利人品牌的形象，似乎乍看上去，这种单纯的攀附行为并没有造成对权利人的损害。但从上述所有的通过《反不正当竞争法》保护的案例来看，基本都是基于被告方获得不正当的竞争利益而认定构成侵权，就损害方面，却并未论述。

这似乎是在表明仅仅基于因特定行为所获取的不正当的竞争利益仍可适用《反不正当竞争法》第二条。笔者对此持肯定态度，因为这种不正当的竞争利益打破了公平竞争的市场秩序，理应在《反不正当竞争法》第二条的调整范围内。

当然，即使坚持认为必须存在损害才可以适用《反不正当竞争法》第二条的观点，也可以从另一个角度审视这个问题，得到同样可以适用的结论。具体而言，在反不正当竞争法的语境下，所谓的“实际损害”应包含“商业机会的减少”。由于商业机会是一种可以受到反不正当竞争法所保护的权益，维护公平的市场竞争关系亦是反不正当竞争法的立法目的，因此，若因竞争行为获得了不正当的优势，而致使其他经营者交易机会减少，即是对自由的竞争秩序的破坏。这里的其他经营者既包括同行业的其他房地产经营者，也包括跨行业的原告权利人。前者因为被控侵权人所获取的不正当的竞争优势而丧失了公平竞争的商业机会，后者则减少了与房地产的所有经营者进行跨行业合作的机会，这种“跨界合作商业机会减少”的理念在“金庸此间少年著作权”案件中也有所体现。[8]

3. 被攀附商标的知名度

值得注意的是，虽然《反不正当竞争法》第二条对于被攀附商标本身知名度并无明确要求，当然这并非说明商标可以不具备任何知名度。毕竟，如果商标本身不具有知名度，则房地产公司难以通过对该商标的使用获得相应的竞争优势，也就不可能造成其他经营者商业机会的减少，造成损害，从而根本无法满足适用《反不正当竞争法》第二条的基本要件。因此，被攀附商标本身的知名度要求成为此类案件可以受到保护的隐形条件。

此外，考虑到为了避免那些无法满足驰名商标保护条件的案件反而通过《反不正当竞争法》得以保护的错位保护现象，笔者认为，在此类案件寻求《反不正当竞争法》第二条予以保护时对被攀附商标知名度要求应当施以更高的标准，至少应接近或甚至达到驰名商标的知名度要求。

结论：

对房地产跨行业攀附性行为的管制，关键在于“攀附商标声誉行为”本身的性质：若该行为属于商标性使用，则可以适用驰名商标予以保护；若“攀附商标声誉行为”属于非商标性使用，则可适用《反不正当竞争法》第二条加以规制。但无论哪种方式，均需权利人的商标具有较高的知名度。对于知名度不高的商标，即使构成商标性使用，亦难以通过任何一种途径而寻求保护。由于上述结论本质上与是否属于房地产行业没有直接关系，笔者认为，从某种程度上，也可以对其他经营者跨行业攀附性行为的规制提供一定的参考。

[1]（2018）粤民终1425号

[2]（2004）沪二中民五（知）初字第242号

[3]（2013）西民四初字第00227号

[4]（2012）浙温知初字第128号

[5]（2016）最高法民申2190号

[6]（2016）苏民终867号、（2017）桂03民初11号、（2017）川01民初2566号

[7]（2009）民申字第1065号

[8]（2016）粤0106民初12068号