# 漫谈"广告语"的IP保护与侵权规避

\_\_袁博

我们经常能看到各种设计精巧的广告语,广告语是一则广告的灵魂,是诱惑消费者的主要工具。美国一项调查显示,看广告语的人是看广告全文的人的5倍。那么,可以用知识产权法来保护广告语吗?

#### 对"广告语"的IP保护

#### (一) 著作权保护: 比较困难

实践中,在因为广告语而产生的版权诉讼中,主张版权保护的诉请有时能得到法院 支持,有时则被驳回,原因取决于具体案情,以下具体展开说明。

一方面,我国在实践中并不否定对广告语的版权保护。从理论上说,广告语属于一类特殊的文字表达,一般字数很少,很难达到必要的创作高度,常常是思想有余而表达不足。因此,有些西方国家拒绝给一般的广告语提供版权保护,例如,美国版权局在其行政法中规定,"诸如名字、名称和标语的话组和短语不能受到版权法保护,并且也不能作为作品予以注册登记"。但是,我国的分法院在一些案件中认为,广告语即使字数不多,在满足作品独创性的前提下也可以受传为人。"大高几许?问真龙"(宣传香烟产品)、"横跨冬夏、直抵春秋"(宣传空调产品),等等。

另一方面,知名度高的广告语并不一定 能受到版权保护。很多企业对精心设计的广 告语进行了大量商业宣传,在取得了很高的 知名度后,往往会误认为广告语因而变得与 众不同,自然具有"独创性"而应该受到版 权法的保护。事实上,这是走入了对作品的 认识误区。因为,作品是否构成,与"独创 性"有关,而广告语是否知名度高,很多时 候是与"显著性"有关,而商标法意义上的 "显著性"和版权法意义上的"独创性"并 非是同一回事。例如,很多公众看到耐克的 钩形 LOGO 能迅速辨识出其出自耐克公司, 但并不能说明耐克钩形标志本身一定可以构 成作品。因此,一个表达独特的广告语,可 能知名度并不高,但仍可能构成作品;而一 个妇孺皆知的广告语,由于表达简单,却未

必可以构成作品。例如,恒源祥有个"羊羊羊"的广告词,尽管知名度高,却很难认为构成作品。

笔者认为,无论是从司法认定层面还是 企业维权层面,都应对广告语的版权问题重 新审视。

第一,司法机关应严格控制对短小广告 语的版权认定。众所周知,对于作品表达而 言,字数越多,他人因为巧合而创作出相同 作品的概率就越低,反过来,对于表达短小 的广告语认定版权,就会使得相关企业在事 实上垄断了相关的语言表达,并不合理。

第二,企业选择著作权法保护广告语实际意义不大。对于过于短小的广告语,即使被认定为作品,但由于表达简单变化量较少,要主张他人版权侵权必须证明他人表达完全抄袭或者基本相同,而他人很容易规避这种侵权指控。例如,某粽子企业为了商业宣传推出了这样的广告语"粽有幸福",这一广告语非常有创意,实际上是利用了汉语的"谐音",而其他企业如果摹仿而推出了类似的广告语,如"粽有未来"、"粽会开心"、"粽有惊喜"等等,则原来广告语的设计者很难诉诸于著作权的保护,因为后面模仿的广告语与在先广告语唯一的相同点就是"创意",而创意是不受著作权法保护的"思想"。

#### (二) 商标注册保护:需要具备"第二 ·义"

以下以商评委《关于第 18200400 号"愿无岁月可回头"商标驳回复审决定书》为例进行说明。该决定书表明,某公司因"愿无岁月可回头"商标(以下称申请商标)不服商标局的驳回决定,申请复审。商评委认为,对于申请商标文字"愿无岁月可回头",相关公众易将其理解为广告用语,而非商标识别,作为商标使用在指定商品上缺乏显著性,构成《商标法》第十一条第一款第(三)项规定之情形。申请人提供的在案证据不足以证明申请商标经过使用已具有一定知名度,从而获得了作为商标注册应有的显著性,因此驳回其申请。

事实上,这样被驳回的商标申请并非个例,它们都具有一个共同的特征:疑似"广告语"。《商标法》第九条规定,申请注册的商标,应当具有显著特征,便于识别,并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。其

中, "具有显著特征,便于识别"指的就是商标的显著性,是指该标志使用在具体的商品或服务时,能够让消费者建立起该标志与商品或服务来源的联系。商标显著性是商标注册的核心要件,正因为如此,我国《商标法》第十一条第一款规定: "下列标志不得作为商标注册: (一) 仅有本商品的通用名称、图形、型号的; (二) 仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的; (三) 其他缺乏显著特征的。"

实践中,关于"商品的通用名称、图形、型号"或者"直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的"标识都容易判断,难以判断的是类似本案中"愿无岁月可回头"这样的既不是通用名称,又与商品的质量、功能等特点无关的标识。在实践中,此类商标包括过于简单的图形、数字、字母,以及装饰性图案、口号或广告语等等,其共同特征是无法让消费者在心理上意识到是商标。那么,如何判断此类标识是否属于《商标法》第十一条第一款第(三)项"缺乏显著特征"的情形呢?

此外,对于商评委的决定,有人可能觉得迷惑不解: "愿无岁月可回头"属于很有独特性的标识,而标识具有独特性不就说明它能够"便于识别"了吗?事实上,商标的"便于识别"包含两层含义:第一,人们看到商标上的某种标识,能够意识到这是表明商品来源的商标;第二,意识到这是商标后,还能进一步与同类商品的其他商标进行区分。可见,标识具有独特性只是满足了"便于识别"的第二个要求即视觉上的差异效果,但未必能满足第一个要求即提示消费者这是商标。由于商标的本质在于防止消费者产生混淆并表明商品来源,因此当一个商业标识甚至让消费者都不能意识到是商标时,自然不符合商标注册的基本条件。

心理学的研究表明,人们对于外界的信息 刺激是具有选择性的,人们对于外部信息的接受习惯于与大脑中已有的信息量最为丰富的片段进行比较,即对于那些更可能并更快涌上心头的东西的联想更为强烈,较弱并处于末梢的联想则很难被记起。因此,当人们在商品上看到一个标识时,首先要进行的是信息归类判断:是商标?生产厂家?质保信息?使用指导?广告宣传语?因此,对于诸如"愿无岁月可回头"这样疑似广告语的信息,在没有经过长期使用获得"第二含义"的前提下,自然会 让消费者误以为这是广告语而与商品来源无 关。

由于商标的本质在于防止消费者产生混淆 并表明商品来源,因此当一个商业标识甚至让 消费者都不能发现或者发现了却不能意识到是 商标时,自然不符合商标注册的显著性条件。 因此,将"愿无岁月可回头"指定使用在指定 类别的商品上,相关公众看到后容易将其识别 为一般的广告宣传语,因此难以起到区分商品 来源的作用,在不具备"第二含义"(一般需 要经过长期营销才能获得)的前提下,不具有 显著性。

#### 要善意规避他人IP权益

前面讲了如何保护企业自己的广告语。另 一方面,企业在设计发布广告语时也要注意不 要侵害他人的知识产权。

(一)广告语设计要避免侵犯他人商标权 在广告中,如果未经许可,要尽量避免使 用他人商标,否则,可能涉嫌侵犯他人商标 权。例如,米其林公司于 2010 年发现某企业 在某杂志上登载了名为《2010 年 Micheling 上 海指南》的文章,在文章中使用了轮胎人手持 餐具等图片和"The 2010 Micheling Guide to Shanghai"等文字,遂以商标权侵权为由 诉至法院。法院经审理后认为,被告未经原告 许可在相同服务上使用近似标识,侵犯了原告 的注册商标专用权。

#### (二)广告语设计要避免对他人构成不正 当竞争

在广告中,如果未经许可,要尽量避免使用其他企业的名称、字号、产品名称等信息,否则,可能涉嫌对他人构成不正当竞争。例如,在"MT"手游案中,法院指出,被告与原告同为手机游戏经营者,原告游戏(《我叫MT》)系在先上线且具有一定知名度,各被告对此显然知晓。在此情况下,被告使用"我叫MT原班人马打造/加盟"、"MT原班人马打造,《小小兽人》正式更名《超级MT》"、"《我叫MT》原班人马二次开发,《小小兽人》更名《超级MT》"等宣传用语表述会使用户认为被诉游戏系源于《我叫MT》动漫或游戏,而被告并未举证证明上述宣传内容为客观事实,因此,被告的上述宣传构成虚假宣传行为,构成不正当竞争。

作者单位:上海市第二中级人民法院

## 微信公众号发布虚假信息实施寻衅滋事犯罪的司法认定

郑晶晶

近年来类似利用网络传播负面虚假信息引起民众恐慌、公共秩序混乱的行为越来越多,对该类行为的司法认定应予以重视。2013年9月,最高人民法院、最高人民检察院联合出台了《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),对利用信息网络实施诽谤、寻衅滋事等犯罪使用法律问题进行了规定。本案的判决对如何认定利用信息网络实施寻衅滋事罪具有一定的参考价值。

犯罪嫌疑人王某系上海某科技网络有限公司法人,"校学居上海"为其公司微信公众号。为提高微信公众号关注度,为公司融资创造条件,2016年11月17日,犯罪嫌疑人王某在网络上搜集关于闵行教育的负面报道和评论,并雇佣两名在校大学生汇编与报道和评论,并雇佣两名在校大学生汇编与排版,在未核实网络报道内容真实性的情形下,在其公司微信公众号发布名为"闵行教育已经到了最危险的时刻!——细数闵行教育已经到了最危险的时刻!——细数闵行教育七宗罪"的文章,并被"网易新闻",被"UC头条"、"搜狐教育"、"搜狐快站"及"快手日报"等媒体大量转发和报道,引发网民大量负面评论,闵行教学秩序混乱。

2016年11月19日,犯罪嫌疑人王某因涉嫌寻衅滋事罪被刑事拘留,同年12月26日被逮捕,2017年3月28日因犯寻衅滋事罪被判处拘役五个月。

一、司法机关对犯罪嫌疑人发布的系 "虚假信息"具有举证责任

《解释》第五条第二款规定"编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布,或者组织、指使人员在信息网络上散布,起哄闹事,造成公共秩序严重混乱的,依照刑法第二百九十三条第一款第(四)项的规定,以寻衅滋事罪定罪处罚"。认定上述行为入罪时,必然要对行为人发布的信息真实性作出评判。只有犯罪嫌疑人发布的是"虚假信息"才可能入罪,若行为发布的信息准确、真实,即使造成公共秩序严重混乱,恐怕亦难以以寻衅滋事罪认定。

本案中犯罪嫌疑人发布的"闵行教育七宗罪"中,其中"某名校换校长,实为逼走校长;某幼儿园虐童、某幼儿园毒厨房事件;拖欠教师工资,将款项挪作他用"等信息内容与闵行区教育局官方网站公布的信息、教师从业人员证言相违背,同时闵行区教育局书面出具证明,证实犯罪嫌疑人发布的信息与教育局查实的信息不一致。经审查,闵行区教育局公布的官方信息、出具的书面证明,系教育局联合政府其他执法检查部门调查后,对相关事件所做的声明与结论,其发布的信息具有调查依据与权威性,足以证实犯罪嫌疑人发布信息的虚假性。

### 二、对犯罪嫌疑人王某"明知"是编造的虚假信息的认定

网络寻衅滋事案件与其他刑事案件相

同,认定犯罪嫌疑人具有"明知"性,需要将一般 人认知水平的评价与犯罪嫌疑人认知水平的评 价相结合;在犯罪嫌疑人否认其"明知"时,犯罪 嫌疑人需要对此作出合理解释。结合本案,认定 犯罪嫌疑人明知是虚假的信息而散布,可以从 以下几个方面评判:其一,从犯罪嫌疑人教育程 度及从业背景分析,犯罪嫌疑人系80后,大学 文化,创立公司从事教育相关业务,其具有核实 信息真假的能力和途径,同时具备区分教育行 业内真假信息的能力;其二,从犯罪嫌疑人发布 信息的阶段分析,犯罪嫌疑人发布"闵行教育七 宗罪"信息时,距离所谓"七宗罪"中涉及的事件 发生、发布已久,网络讨论、新闻调查、官方发布 等信息均已披露,排除犯罪嫌疑人因事件刚发 生、尚在调查中或大多数公众尚不明真相的阶 段而"不明知"的辩解。其三,从犯罪嫌疑人发布 信息的心态分析, 犯罪嫌疑人主观追求博取关 注度的效果, 在指使他人搜集素材时明确要求 搜集负面信息,将发布信息的矛头直指教育部 门及政府,以达到"充分引爆负面情绪"的效果, 其行为属于典型的恶意传谣者。

#### 三、犯罪嫌疑人王某的行为造成公共秩序 严重混乱

根据两高《解释》将网络秩序视为公共秩序的一种类型没有异议。犯罪嫌疑人王某的行为不仅造成网络秩序严重混乱,在现实公共秩序中亦造成严重混乱:其一,根据网安提交的远程勘查显示,2016年11月18日10时50

分至22时00分,《闵行教育已经到了最危险

的时刻!——细数闵行教育七宗罪》一文媒体阅读量达 13000 多次,11 月 28 日 17 时 00 分至 18 时 00 分,该文阅读量达 29000 多次,已在网络空间广泛阅读,造成网络秩序的混乱。其二,根据教育局提供的官方微博内容显示,该文发布后,其官方微博下有多条负面评论,指向涉及的教师、闵行教育及政府,直接严重影响闵行教育及政府公信力。其三,该文发布在年底教育系统考核期间,给学校教学管理、年终绩效考评工作带来不稳定因素,教育局专门召集校长进行专题教育,要求不信谣、不传谣,以控制该文在学校内外带来的负面影响。

#### 四、犯罪嫌疑人王某具有寻衅滋事的主观 故意,不是公民善意的批评或正当言论自由的 体现

犯罪嫌疑人以谋取公司利益为目的,运营公司公众微信号,其发布该篇闵行教育的负面信息目的就是博取公众关注,不惜以歪曲、混淆信息真实性为代价,并不是公民正常的言论自由行为,也不是对政府的善意批评。犯罪嫌疑人明知有关教育的负面信息容易触动公民的关注并引发舆论,仍自己或指使他人收集多篇关于闵行教育的负面信息,并对引起的关注度及评论表示满意,是扰乱公共秩序故意的体现。

综上,犯罪嫌疑人王某从经济利益出发,明知可能引发不良影响而在网络散布虚假信息,严重影响政府公信力,造成公共秩序严重混乱,其行为已构成寻衅滋事罪。

作者单位: 闵行区人民法院

上海供付付金額。 上海供付付金額。 上海市市全の第123 上海市全の第123 上海市大阪の第123 大阪の第123 大阪

LSTFAIC、企業報号:150001291 1070500:定额及票50元2本、号4 13099851-03099950:100元2本 号:02486501-02486600。声明作 上海關營梅企业信息咨询有额 日總失营业执照企副本、注册号:3 2282966156:报务管记证正副本。 号:310228781516316:报原机构代 正面基本、代码:78151631-6声明存 上海心儀宴业有限公司第一

上海心境实验有限公司第一 公司进失官业队则副本3条,证 编号:27000000201307030172,2700 27000000201307030173,声明作走, 上海心遇实验有限公司第二分公 进失营业执则正副本,正不证则编写 27000000201307030176。副本证则 号:27000000201307030176。副本证则

上海市極端区間利源百景商 央国校頭用定面发票10元1本 研:131001227751,号码03582250:20元1本,何码:13100 7851,号码:02794801-02794850 先2本,代码:131001227951,号 03131501-05131600,声明

号:310114600215309, 证明编号:1400 3301203150102, (01): 接各世纪证正 本, 侵号:36225700909155, 声明传送 走海市撤定区安亨镇新快购条货送 建矢国推通用证明发票存根以100元 本, 代码:131001628061, 号码:08776 51-08776650: 代码:131001628062, 号码:12840701-12840830, 声明作成 上海赫希姆赛有联公司进入管理大管进入 延正副本, 91301144以1673027年进入 进入章、财务章、发展章、合同章;进 失发国购买本, 进失企反应。声明存居

上海場件印度技术有限公司第 1級老友第100份,发票代码1310 12451,号码04939151—0493920 (票代码131000612451,号码00 101—00058150; 遗失地段老发 1份,发票代码231000501251, 号 0385251—00385300户明信 大众出租市业分公司进失发票13 850203239001—100-3352020251

大众出租市北分公司进入采录13号 335202032399001-100-335202025170 1-800;33520405183501-600;3352040 0943501-600;3352040943600-700;3 3520400943701-800;33520203064301 -000;33520208296301-400;33520400 524001-5000;33520306334500-200;3 3520202388801-900;33520205840501 -000;33520306234301-400;386019

注销公告

上海接頭商物網及問題股系術的內容使物的內容使用。 完成的內容與實施。并已成立時間是一個的內容的 是以自己或立時間是一個的內容的 是以自己或立時間是一個的一個的一個的 本公司與關於,并已成立時間是一個的一個的 本次。但是一個的一個的一個的一個的一個的 本次。但是一個的一個的一個的一個的 本次。但是一個的一個的一個的一個的 本次。但是一個的一個的一個的一個的 本次。但是一個的一個的一個的一個的 本次,但是一個的一個的一個的一個的 上海拔發展,并們是一個的一個的一個的 上海拔發展,并們是一個的一個的 上海拔發展,并們是一個的一個的 上海拔發展,并們是一個的一個的 上海拔發展上。 是一個的本學的一個的一個的 上海拔發展上。 是一個的一個的一個的 上海拔發展上。 是一個的一個的一個的 是一個的一個的一個的 是一個的一個的一個的 是一個的一個的 是一個的本面的 是一個的一個的 是一個的一個的一個的 是一個的一個的 是一個的一個的 是一個的一個的 是一個的一個的 是一個的一個的 是一個的一個的 是一個的一個的 是一個的 是一

定师数,并已成立清算组。请债权 人自本公告刊意之日路45日内向本 公司清算组申报债权,特此公告。