

电子游戏技术和知识产权法：
新式电子游戏商业遇见老旧的商标法

作者：James Carlson

继我们之前关于电子游戏专利¹和电子游戏版权²的文章之后，我们现在来研究商标法在电子游戏技术中的作用。商标法可能是最古老的知识产权³，但迄今为止，在电子游戏中的商标使用很少受到法院和法律学者的关注。虽然商标法通常为有形商品和服务提供保护，但数字时代的商业为这一合法权利带来了新的问题，尤其是在在线电子游戏社区中。虽然当前的商标法律适用于电子游戏技术，但其他特殊问题（例如提供言论和个人表达自由的宪法保护）限制了商标权人的权利。

要了解当今电子游戏如何在知识产权（IP）范围内运作，了解电子游戏的演变非常重要。七十年代初期，从单人和多人游戏的舞台上出现了第一款电脑街机游戏，即 1971 年的电脑太空（Computer Space）和 1972 年的乓（Pong）。从这些早期的街机游戏发展出用于个人电脑、电视游戏机和手持游戏设备（比如任天堂的 Game Boy 掌机）的游戏。后来，互联网将电子游戏引入了包括大型多人在线角色扮演游戏（MMORPG）的在线游戏社区以及各种在线游戏环境。例如，游戏网站 Roblox 提供了一个有凝聚力的在线社区，用于开发和共享游戏以及“数字资产”，这些“数字资产”是包含供游戏内使用的内容的□□。作为这些在线社区的范围的例子，Roblox 在 2021 年每天有 4320 万活跃用户⁴。随着互联网的出现，电子游戏不再是静态的个人娱乐工具，而是成为交换虚拟商品并进行消费者交易的不断发展的市场。

在此背景下，对相关商标问题的最佳序言是一件有趣的地区法院案件，

¹ 可以在此处找到有关电子游戏技术和专利的文章，
<https://www.obwbip.com/newsletter/video-game-technology-and-ip-law-problems-in-patents->。

² 可以在此处找到有关电子游戏技术和版权的文章，
<https://www.obwbip.com/newsletter/video-game-technology-and-ip-law-now-youre-playing-with-copy-right-law>。

³ 参见 Rogers, E. S., “Some Historical Matter concerning Trade-Marks,” Michigan Law Review, Nov., 1910, Vol. 9, No. 1 (Nov., 1910), pp. 29-43。

⁴ 参见 <https://backlinko.com/roblox-users>。

*Fortres Grand Corp. v. Warner Bros. Entertainment*⁵，该案件侧重于电影而非电子游戏中的商标使用。在 *Fortres Grand* 案中，一家公司制造了一种真实的软件产品“Clean Slate”，该产品用于通过擦除用户活动的所有痕迹，以使后续用户看不到先前用户活动的痕迹，从而保护计算机网络的安全。在蝙蝠侠电影《黑暗骑士崛起》（DKR 电影）中，一个名叫 Selina Kyle（又名猫女）的角色试图获得一个也称为“Clean Slate”的虚构软件程序，该程序会从世界上的每个计算机数据库中删除她的犯罪历史。在 DKR 电影的宣传活动中，华纳兄弟还设立了几个使用“Clean Slate”一词的在线网站，与 DKR 电影联系起来。随后，Fortres Grand 公司对 DKR 电影的制片人华纳兄弟公司提起商标侵权诉讼，理由是他们使用了这个虚构的软件程序。

受理 *Fortres Grand* 案的法院将该商标问题阐明如下：（1）消费者之间是否有可能混淆 Fortres Grand 的真实软件产品与虚构的“clean slate”软件程序的来源或出处；（2）假设存在混淆的可能性，根据美国宪法第一修正案有关保护言论和其他表达自由的规定，华纳兄弟是否可以被豁免。在此，该法院指出，消费者混淆可能与“正向”混淆有关，即在典型的商标侵权中，在后使用者试图利用在先使用者的善意并通过暗示其产品与在先使用者的产品来自同一来源来建立声誉⁶。另一方面，消费者混淆也可能是“反向混淆”，即在后使用者利用其规模和市场渗透率来压倒在先但规模较小的使用者⁷。

因当事人一致认为未发生正向混淆，受理 *Fortres Grand* 案的法院分析华纳兄弟的行为是否通过在 DKR 电影中使用“Clean Slate”构成反向混淆“Clean Slate”商标的可能性。最终，该法院强调了一个重要区别，即该分析必须是与华纳兄弟的真实产品（即电影）而非与其虚构产品（即 DKR 电影中的软件）之间的分析。这一区别关系重大，因为消费者混淆分析在很大程度上取决于对相关产品的比较。通过将该分析限制为符合这一要求，该法院认定不存在反向混淆⁸。上诉法院确认了这一认定，但进一步澄清消费者混淆分析针对的是“产品是否属于公众会将其归属于单一来源的类型”的问题，而这仍需要对适用于商标侵权的所有相

⁵ 947 F. Supp. 2d 922 (N.D. Ind. 2013)。

⁶ 947 F. Supp. 2d at 926。

⁷ 947 F. Supp. 2d at 927。

⁸ 参见 947 F. Supp. 2d at 931。

关因素进行全面分析⁹。

关于宪法问题，受理 *Fortres Grand* 案的法院也独立认定该诉讼应予驳回，因为华纳兄弟公司使用“clean slate”一词也受到美国宪法第一修正案的保护。在得出这一结论时，受理 *Fortres Grand* 案的法院使用了一种称为 *Rogers* 测试的□□□□，该□□□□是以联邦法院的同名案件为名¹⁰。*Rogers* 测试是一种用于确定《兰哈姆法》是否适用于“表达性作品”的两步分析法，该确定过程基于商标的使用是否（1）与作品“具有艺术上的相关性”，并且（2）就该表达性作品的来源或内容而言不具有“明确误导性”¹¹。然而，表达性作品很难不通过 *Rogers* 测试，最近期的例子是 *Gordon v. Drape Creative, Inc.*案¹²。各路法院和学者批评 *Rogers* 测试过于轻视商标权。例如，科罗拉多州的一个地区法院声称 *Gordon* 案判决意见通过一种尴尬的尝试来表达其观点，以避免使其看起来正在推翻其无权推翻的东西（即之前的第九巡回法院先例）¹³。尤其是，科罗拉多地区法院认定，“正如到那时为止所解释的那样，*Rogers* 测试为在‘艺术’商品和服务上免费使用商标打开了大门，即使是在已授予商标权的完全相同的商品和服务上。”关于电子游戏，*Rogers* 测试曾用于成功驳回基于电子游戏《侠盗猎车手：圣安地列斯》的商标和商业外观索赔主张。

在互联网市场出现之前，传统的消费者混淆分析和宪法保护在应用于电子游戏技术时使得线下游戏中的商标权行使变得困难。在《侠盗猎车手：圣安地列斯》的例子中，游戏是一个以单人游戏或多人游戏的形式提供的现成项目，其中两个游戏玩家在他们自己房间的一个屏幕上同时玩。然而，这些玩家形式不再是许多电子游戏的标准。在微交易商业模式下，许多游戏玩家现在可以在计算机或游戏机上接收并安装实际游戏后，通过微支付购买虚拟商品。在 *DKR* 电影中的“Clean Slate”程序显然是虚构的产品，而虚拟商品即使只能在数字媒体中找到，也是非

⁹ 参见 *Fortres Grand Corp. v. Warner Bros. Entertainment*, 763 F. 3d 696, 703, 706 (7th Cir. 2014)。

¹⁰ 参见 947 F. Supp. 2d at 931。

¹¹ 参见 947 F. Supp. 2d at 931。

¹² 参见 909 F. 3d 257 (9th Cir. 2018)。在 *Gordon* 案中，上诉法院认定，“至少存在一个可审理的事实问题，即被告是否只是以其自己最少的艺术表达使用了 *Gordon* 的标志，并以 *Gordon* 使用它的相同方式使用了它——以确定幽默问候卡片的来源，其中的底线是‘Honey Badger don’t care’。”参见 *id.* at 271。

¹³ 参见 *Stouffer v. National Geographic Partners, LLC*, 460 F. Supp. 3d 1133, 1142 (D. Colo. 2020)。

常真实的商业产品。因此，在由电子游戏开发商运营和电子游戏玩家居住的虚拟世界中行使更传统的商标权的大门正在打开。

总之，电子游戏已经摆脱了主要的叙事模式，在这种模式下玩家受到类似于小说和电影的预先构想的故事的限制并应得到类似的法律保护。现在，许多电子游戏已经让实际的游戏玩家成为不断变化的电子游戏世界的设计师。这种电子游戏世界从事涉及虚拟商品和虚拟服务的电子游戏商业。与任何商品或服务一样，这些在线游戏环境的玩家和所有者都需要尊重商标法。