

大陸地區涉網路侵害商標權糾紛案件的類型化分析

陶鈞*

摘要

基於網路¹的開放性、跨界性、迭代性等特點，利用該平臺侵害商標權的行為模式也呈現出各種情況，如何在紛繁複雜的現實裁判中找尋出有效的解決路徑，需要裁判者善於發現與歸納個案中的共同之處，因此將案件類型化的分析能夠有效發現其中的異同，從而有的放矢地設計解決之“理路”。本文就是以大陸地區近年司法裁判中所出現的各類侵害商標權糾紛案件為研究物件，對具體類型進行逐一分析、歸納，進而確定以直接侵權和間接侵權這二個大類為基準，再利用傳統模式與新型模式對直接侵權進行劃分；並以間接侵權中“審查義務”為要素，對該類型進行細化。本文希望能有效梳理此類糾紛的相關情形，有助於對大陸地區涉網路侵害商標權糾紛案件的妥善解決。

關鍵字：商標權、直接侵權、間接侵權、傳統模式、新型模式、域名、關鍵字鏈結、審查義務、連帶責任

* 陶鈞，北京市高級人民法院知識產權庭法官，本文相關論點僅為學術研究之探討，不代表任職單位之意見。

¹ 本文所稱“網路”、“互聯網”等均系同一概念，包括以電腦、電視機、固定電話機、移動電話機等電子設備為終端的電腦互聯網、廣播電視網、固定通信網、移動通信網等資訊網路，以及向社會公眾開放的區域網路。前述界定源自《最高人民法院關於審理侵害資訊網路傳播權民事糾紛案件適用法律若干問題的規定》第二條。

壹、前言

據中國互聯網路資訊中心（CNNIC）發佈的《第36次全國互聯網發展統計報告》所顯示，“截至2015年6月，互聯網普及率為48.8%，大陸地區線民總數已達6.68億人。”²同時，根據國家統計局發佈的《2014年全社會電子商務交易額突破16萬億》所顯示，“2014年大陸地區全社會電子商務交易額達16.39萬億元，同比增長59.4%。其中，在企業自建的電商平臺（簡稱純自營平臺）上實現的交易額為8.72萬億元，同比增長65.9%；在為其他企業或個人提供商品或服務交易的電商平臺（簡稱為純第三方平臺）上實現的交易額為7.01萬億元，同比增長53.8%；在既有第三方又有自營的混營平臺（簡稱混營平臺）上實現的交易額為0.66萬億元，同比增長41.1%。”³

隨著互聯網影響範圍的日趨擴張，特別是互聯網所覆蓋受眾群體數量的急速增長與基於互聯網所衍生經濟總量規模的不斷上升，決定了該領域所映射出的經濟增長潛力必將成為新的經濟增速點。同時，市場經營者拓展、延伸、發展自身經營規模也必將依託於“互聯網”的發展而運營。因此，“利益之所在，糾紛之所生”，基於互聯網所產生的各類案件糾紛也必將不斷湧現，其中涉及知識產權的案件糾紛也將隨之增長。

侵害商標權糾紛在傳統經營領域，也俗稱為“線下”環境中對其研究的學術文章不勝枚舉，但是基於互聯網平臺（即“線上”）該類案件類型化的研究卻並不多見。對該問題的解讀，應當從此類案件所呈現出的總體特點入手，而後確定類型化的分類標準，進而對具體類型進行逐一分析，以求找尋到各類型案件在司法實踐中的問題所在，從而有針對性的設計出各種解決路徑，最終實現對涉網路侵害商標權糾紛案件的準確界定與有效解決。因篇幅原因，本文不對前述中解決路徑進行闡述，僅對類型化的問題予以探討，以求對研究者有所借鑒。

² 相關資料源自中國互聯網路資訊中心發佈的《第36次全國互聯網發展統計報告》，http://news.xinhuanet.com/fortune/2015-07/23/c_1116022351.htm（最後瀏覽日：2015/12/17）。

³ 相關資料源自國家統計局發佈的《2014年全社會電子商務交易額突破16萬億》報導，http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201508/t20150803_1224544.html（最後瀏覽日：2015/12/17）。

貳、涉網路侵害商標權糾紛案件總體特點之介紹

以北京地區自 2010 年度至 2014 年度⁴ 以判決方式審結的涉及商標權糾紛案件為例，其中涉網路侵害商標權糾紛的案件數量如下⁵：

	2010 年度	2011 年度	2012 年度	2013 年度	2014 年度
涉網數量	357	371	575	521	428
總數量	1369	1182	1458	1368	1997
所占比例	26.1%	31.4%	39.4%	38.1%	21.4%

根據上表所載明資料可知，自 2010 年度至 2014 年度涉網路侵害商標權糾紛無論是案件數量、所占比重的數值均相對穩定，並未出現明顯的增幅。究其原因，一方面從行業發展的視角分析，網路的普及與發展增速時間較短，在新生領域的成長初期，諸多問題並未能夠及時呈現；另一方面，網路經營活動的發展初期，許多是依託第三方平臺，即以其他商業主體所搭建電子商務交易平臺為基礎，進行商業運營，而該類第三方平臺並不集中於北京，故此類糾紛的發生也隨之移轉；最後，北京地區的司法適用標準相對統一，也為該類案件的有效處理奠定了基礎⁶。

雖然從單一的案件數量並不能發現明顯的發展趨勢，但是從具體案件的裁判內容，呈現出了以下六方面的特點：

- 1、涉網路侵害商標權案件從直接提供侵權資訊、實施侵權行為向透過搶註域名、設置鏈結內容、設定搜索關鍵字等新型侵權行為方式轉變；
- 2、涉網路侵害商標權案件中平臺服務商（亦為網路服務提供者）⁷ 成為被控主體的案件數量增長明顯，並且所占比重較高；

⁴ 北京地區案件統計的年度計算方式為自上一一年 12 月 21 日起至本年 12 月 20 日止，以 2010 年度為例，其計算週期從 2009 年 12 月 21 日至 2010 年 12 月 20 日。

⁵ 相關資料來源自北京知產寶網路科技發展有限公司，提供時間為 2015 年 12 月。該表格中“涉網數量”代表涉及網路侵害商標權糾紛的案件數量，“總數量”代表該年度以判決方式審結的涉及商標權糾紛的案件數量，“所占比例”代表“涉網數量”與“總數量”的百分比關係。

⁶ 2012 年 12 月 28 日，北京市高級人民法院制定了《關於審理電子商務侵害知識產權糾紛案件若干問題的解答》；該院從 2014 年起，即開始著手制定《關於網路知識產權案件的審理指南》，從而為統一該類案件的裁判尺度奠定了堅實基礎。

⁷ 本文所稱平臺服務商（亦稱網路服務提供者）是指為交易資訊和交易行為提供平臺的網路服務的主體。

- 3、平臺服務商對於侵權資訊、侵權行為中“知道”的判斷要件成為此類案件的爭議焦點；
- 4、因網路開放性、互通性、融合性，跨界經營方式普及迅猛，隨之對商標使用方式的種類也較傳統經營領域中更加豐富，由此不侵權抗辯中涉及商標正當使用⁸的判斷也成為此類案件的主要問題；
- 5、伴隨網路技術的發展，產生許多新的經營方式與產品，如APP應用軟體的產生、團購網站的普及等，基於此類新生經營模式所產生的侵權糾紛數量也不斷顯現；
- 6、因法律滯後性與網路技術發展迭代性的衝突，在此類糾紛案件中，基於《商標法》立法宗旨所產生的法律原則被廣泛適用於該類案件中，特別是對平臺服務商責任的界定。

參、涉網路侵害商標權糾紛案件類型化之劃定標準

因涉網路侵害商標權糾紛案件的具體情形千差萬別，表現形式各異，如果單一的從侵權行為之情形予以劃分難免疏漏，由此本文不再固守具體情形的單一劃分模式，而是從涉網路侵害商標權糾紛案件基於被控主體所承擔法律義務的行為屬性之差異進行入手，將之劃分為二大類型，並基於具體大類下侵權行為所呈現之特點、裁判認定之理由，再行細化，從而更有利於全面瞭解裁判者處理此類糾紛的基本情況，也為能有效設計司法解決路徑提供更堅實之基礎。

具體的二大類型是：第一類是被控主體直接提供資訊或實施了侵害他人商標權的行為；第二類是在直接侵權存在的前提下，還存在其他被控主體實施了教唆、幫助侵權等共同侵權（亦稱間接侵權）之行為，應當承擔連帶責任之情形。然而透過行為模式係傳統類型、還是新型模式對第一類中直接侵權進行細化；同時以平臺服務商所具備或從事的“審查義務”為基點，對第二類間接侵權之行為模式進行劃分。下文將結合具體案例對具體類型進行詳盡闡釋。

⁸ 2013年8月30日修改的大陸地區《商標法》第五十九條第一款規定，註冊商標中含有的本商品的通用名稱、圖形、型號，或者直接表示商品的品質、主要原料、功能、用途、重量、數量及其他特點，或者含有的地名，註冊商標專用權人無權禁止他人正當使用。基於前述法律規定，將此種規定情形司法裁判中稱為“正當使用”，但學界亦有稱之為“合理使用”。

肆、直接侵害他人商標權之類型

此類型案件是指被控侵權主體基於網路，透過採用不同方式，直接對他人商標權進行侵害，既存在僅是基於網路平臺從事傳統侵權行為之情形，又存在透過網路特有模式出現的新類型侵權行為。

一、傳統模式下直接透過網路侵害他人商標權之類型

（一）在被控主體自行註冊、經營或控制的網站上從事侵害商標權行為之類型

案例：原告寶潔公司在中國大陸境內對“沙宣”、“沙宣美髮”、“VIDALSASSOON”在核定的美髮產品、美容美髮服務、美容美髮培訓學校等商品或服務上享有註冊商標專用權，並經持續宣傳使用後，與寶潔公司已經形成特定聯繫，為相關公眾所熟知。被告北京市豐台區皇家沙宣美容美髮職業技能培訓學校（簡稱皇家沙宣學校）的辦學範圍是為“初中級：美容師、美髮師、按摩師”提供培訓服務，寶潔公司註冊商標核定使用的服務構成類似服務。皇家沙宣學校在其經營的域名為 www.roral.com 網站中多處使用“皇家沙宣”、“ROYALVIDALSASSOONBEAUTYHAIRSCHOOL”、“VIDALSASSOON”等標識，上述標識能夠為相關公眾指明商品或服務來源，具備商標法意義上標識作用，與寶潔公司第 1448803 號“VIDALSASSOON”、第 1479318 號“VIDALSASSOON”、第 1479317 號“沙宣”註冊商標相同，與第 1479752 號“沙宣美髮”註冊商標近似，易使相關公眾對其提供服務的來源產生誤認或者認為其與寶潔公司有特定聯繫，故皇家沙宣學校的上述行為侵害了寶潔公司的註冊商標專用權，應承擔相應的法律責任。作為域名為 huangjiashaxuan.com 的網站註冊者和實際經營者，皇家沙宣學校在該網站上使用了“皇家沙宣”、“ROYALVIDALSASSOONBEAUTYHAIRSCHOOL”、“ROYALVIDALSASSOON”等標識，並透過該域名對其提供的美容美髮培訓服務進行推廣宣傳，上述行為也屬於侵害寶潔公司註冊商標專用權的行為。⁹

⁹ 參見北京市第二中級人民法院（2013）二中民初字第 1884 號民事判決書和北京市高級人民法院（2013）高民終字第 3251 號民事判決書。

在上述案例中，被告所從事的被控侵權行為與非網路平臺下一般的侵害商標權糾紛案件情形並無實質性差異，均是基於被告所使用標識指向的服務類別與標識自身的構成要素進行判斷的基礎上，對是否造成服務來源的混淆進行判斷，從而認定是否構成商標侵權。因此，此類案件類型僅為侵權平臺的變化，其他侵權判斷要素與“線下”方式無異。

（二）原告無法證明基於網路購買被控侵權產品為假冒商標產品之類型

案例一：原告完美（中國）有限公司（以下簡稱完美公司）透過紅孩子網路商城（網址為 www.redbaby.com.cn，以下簡稱紅孩子網站）購買了被控侵權產品，但是因其所提供的證明相關產品為侵權產品之《鑒定報告》從出具主體、到鑒定客體、程式上存在瑕疵，同時完美公司又無法提供同期鑒定樣本，由此無法確定紅孩子網站所售產品為侵權產品。而且因銷售管道多樣造成正品的市場售價高低不同的情況並不鮮見，因此完美公司透過產品售價來推斷紅孩子網站所售完美蘆薈膠為侵權產品的理由，在無其他有效證據相印證的情況下，缺乏說服力。故完美公司無法證明相關產品侵犯其商標權的情況下，法院駁回了其訴訟主張。¹⁰

案例二：原告NISE企業（加拿大）有限公司（簡稱NISE加拿大公司）透過淘寶網進入了被告唐某所開設的“yyyy1113”店鋪，並購買了“NISE品牌美容護膚化妝品專櫃正品植物瞬間祛皺原液”等被控侵權產品，但因基於在案證據能夠證明，被告唐某從銷售產品係來源於原告所授權的北京公司，在原告並未舉證證明相關產品存在侵權的情況下，基於優勢證據的判斷規則，最終二審法院並未支持原告的訴訟主張。¹¹

在上述二個案例中，因商品流通市場領域的開放與發展，產品進貨管道也呈現多樣性的特點，特別是網路經營模式的興起與普及，簡化了傳統經營模式下租賃經營店鋪、招聘經營人員、裝飾經營地點等等一系

¹⁰ 參見北京市海淀區人民法院（2012）海民初字第4332號民事判決書和北京市第一中級人民法院（2012）一中民終字第10821號民事判決書。

¹¹ 參見北京市第一中級人民法院（2012）一中民初字第3539號民事判決書和北京市高級人民法院（2013）高民終字第3999號民事判決書。類似案例亦可參見北京市高級人民法院（2014）高民終字第724號民事判決書。

列流程，並且也降低了經營成本，正是基於上游流程、方式的簡化，從而攤薄了商業運營成本，由此也直接降低了產品的售價，因此商標權利人僅憑被控侵權產品的銷售價格判斷被控產品是否為假冒、侵權產品，顯然並未完成初步舉證的證明責任，也就無法達到優勢證據的證明標準，仍需透過其他方式予以證明，否則將承擔舉證不能的法律後果。

（三）被告網路宣傳行為符合“指示性使用”形式要件之類型

案例：原告大班麵包西餅有限公司（簡稱大班公司）主張，被告北京恒瑞泰豐科技發展有限公司（簡稱恒瑞泰豐公司）在其經營、註冊的“大班月餅網”上使用了“TAI PAN”、“大班”、“大班冰皮”標識，並且在該網頁上寫明瞭“香港大班麵包西餅公司是冰皮月餅的首家製作者…大班麵包西餅推出冰皮月餅…”，同時在該網站上銷售相關月餅禮券，與原告核准註冊的第 1261496 號“TAI PAN”、第 1626752 號“大班”、第 1639077 號“大班冰皮”等商標標識與核定使用商品均相同，構成了對原告商標專用權的侵害。二審法院經審理認為，透過恒瑞泰豐公司的網站記載內容可知，恒瑞泰豐公司係基於對大班公司出品的月餅進行團購銷售宣傳而進行註冊商標的引用，同時在網站記載內容中也明確說明了銷售商品出自大班公司，結合大班公司認可按照恒瑞泰豐公司購買的大班月餅禮券所對應為大班公司生產的正牌商品的事實，足以證明恒瑞泰豐公司所銷售的商品來自於大班公司，由此大班公司對於其出品的商品，在符合基本市場行銷方式的情況下，無權禁止他人進行合理性宣傳、推廣，故不構成對其商標權的侵害。¹²


在被控侵權人能夠證明其被控侵權商品來源於註冊商標權利人，且被控侵權人對已註冊商標的使用係基於為進行商品銷售所採取的正當行銷手段，符合基本的市場規則，並未對註冊商標權利人的合法權益造成侵害的情況下，註冊商標權利人無權對由自身出品的相關商品的宣傳行為進行阻礙。在市場經濟正常流轉的體系中，作為經銷商、分銷商或者其他銷售主體，為了能在商品交換、流通、運營體系中獲得利潤，必然

¹² 參見北京市第二中級人民法院（2013）二中民初字第 1691 號民事判決書和北京市高級人民法院（2013）高民終字第 3998 號民事判決書。

要對其銷售產品進行市場推廣與行銷，若禁止在此種基本商業運行手段中對已註冊商標進行正當性的合理使用，顯然違背了市場的基本運營規律，對已經付出相應交換價值的市場主體也顯失公平，因此註冊商標權利人對已經流入市場的正牌商品無權禁止他人的正當商業化使用，此種使用方式亦被認為屬於商標的“指示性使用”。然而，應當注意的是，由於網路經營平臺所展示、銷售產品可能存在多種品牌、多種型號、多種款式等“多樣性”，如果經營者的宣傳方式足以是相關公眾認為非出自商標權人的產品也與該商標權人產生特定聯繫時，仍然屬於對他人商標權的侵害。

二、新型模式下直接透過網路侵害他人商標權之類型

（一）因域名註冊導致侵害商標權之類型

案例一：原告福祿克公司合法註冊了第 341861 號“FLUKE”文字商標、第 G989638 號“FLUKE”文字商標等商標，核定使用在電子測量器械和儀器、可攜式電子測試工具、溫度指示儀器等商品上。被告曹某、深圳市福泰克儀器科技有限公司（以下簡稱福泰克公司）生產帶有“FTIKE”、“FTIKE（指定顏色） ”等標識的數位萬用表、紅外測溫儀等產品，並透過域名“ftike.com.cn”的網站和域名“ftike.cn.alibaba.com”的阿里巴巴網路店鋪宣傳、銷售上述被訴侵權商品的行為。法院認為因域名“ftike.cn.alibaba.com”和“ftike.com.cn”中的主要部分“ftike”與原告福祿克公司的“FLUKE”商標相似，同時被告曹某、福泰克公司透過上述域名進行數位萬用表、紅外測溫儀產品的展示和網路銷售，該商品與原告所擁有的商品核定使用的商品構成類似，容易使相關公眾誤認為相關網路店鋪所展示商品來源於福祿克公司，或者與福祿克公司具有特定聯繫。因此，曹某使用域名“ftike.cn.alibaba.com”，福泰克公司註冊、使用域名“ftike.com.cn”的行為侵害了福祿克公司的涉案註冊商標專用權。¹³

¹³ 參見北京市第二中級人民法院（2013）二中民初字第 13919 號民事判決書，本案各方當事人並未提出上訴。

“所謂域名（domain names），是指一組用於識別經營者（operators，使用者）在網際網路上的位址的文字和符號，即網際網路位址（internet addresses）。越來越多的法院認為商標法原則應當適用於網際網路上的域名。”¹⁴ 網路域名從其產生的原因分析，實則為網路上一種位址的表現形式，亦可稱之為“域名”的“第一含義”。然而，隨著網路經濟的迅猛發展，網路域名也成為了諸多經營者進行商業活動的重要管道，由此亦成為了商業標識的一種形式，並且可能因特定網站持續經營、宣傳，從而產生了與特定主體相聯繫的“第二含義”，進而與商標的衝突也就在所難免。為此，最高人民法院也透過司法解釋的形式，對相關情形進行了具體規定¹⁵，透過確定被控侵權人註冊域名的主觀意圖、使用方式、相關網站的經營內容、註冊商標的顯著程度、是否造成混淆等因素，對是否侵害商標權進行綜合判斷，從而得出相應結論。也正是基於此，在上述案例中，法院最終認定被告的行為構成了侵害商標權。

（二）因設定搜索關鍵字引發侵害商標權糾紛之類型

案例一：原告北京沃力森資訊技術有限公司（簡稱沃力森公司）擁有第 4372228 號“XTOOLS”註冊商標專用權，核定使用在第 42 類電腦軟體出租、電腦軟體設計等服務上。被告八百客（北京）軟體技術有限公司（簡稱八百客公司）透過向北京百度網訊科技有限公司（簡稱百度公司）購買選定“XTOOLS”為百度網站的競價排名關鍵字，並且當網路用戶登陸 www.baidu.com 的百度網站以“XTOOLS”為關鍵字進行搜索時，在搜索結果顯示的網頁的第 1 頁的第 1 項搜索結果係標題為“八百客國內最專業的 xtools”的鏈結，鏈結右側載有“贊助商鏈結”字樣，鏈結下方的網頁描述為“www.800app.com 八百客國內最 crm 服務提供商標準版免費 5000 成功案例提供一對一免費視頻培訓”，該鏈結指向網址為

¹⁴ 轉引自孔祥俊，「反不正當競爭法新論」，頁 229，人民法院出版社，2001 年版。ROGER LEROY MILLER, FRANK B. CROSS, THE LEGAL ENVIRONMENT TODAY: BUSINESS IN ITS ETHICAL, REGULATORY, AND INTERNATIONAL SETTING 291 (2d ed. 1999).

¹⁵ 最高人民法院《關於審理商標民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》第一條第（三）項規定，將與他人註冊商標相同或者相近似的文字註冊為域名，並且透過該域名進行相關商品交易的電子商務，容易使相關公眾產生誤認的，屬於侵害他人商標專用權的行為。同時，最高人民法院還透過制定專門的《關於審理涉及電腦網路域名民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》對該類問題進行了細緻的規定。

www.800app.com 的八百客公司網站。法院認定，八百客公司故意將與涉案註冊商標近似的“XTOOLS”文字選定為百度網站的競價排名關鍵字，撰寫相關網頁描述，導致在百度網站以“XTOOLS”為關鍵字進行搜索所得排名首位的搜索結果係標題為“八百客國內最專業的 xtools”的指向八百客公司網站的鏈結，致使相關公眾對沃力森公司與八百客公司所提供的 CRM¹⁶ 軟體服務產生混淆和誤認，並致使本擬透過“XTOOLS”關鍵字搜索沃力森公司網站和 CRM 軟體服務的網路用戶誤入八百客公司網站，從而提升八百客公司網站和 CRM 軟體服務的曝光率，吸引網路用戶對八百客公司網站和 CRM 軟體服務的注意力，為八百客公司創造和提供更多的商業機會和交易可能性。八百客公司此舉已構成給沃力森公司的註冊商標專用權造成其他損害的行為，侵犯沃力森公司的註冊商標所享有的專用權。¹⁷

案例二：原告費希爾廠有限責任兩合公司（簡稱費希爾廠）享有第 1、6、20 類商品上的“慧魚”商標專用權，美堅利（北京）科技發展有限公司（簡稱美堅利公司）透過購買、設定“慧魚”為其競技排名關鍵字，使之在進入百度網站首頁後，在搜索欄輸入“慧魚”進行搜索，搜索結果頁面顯示右上方標注有“推廣鏈結”，其下第 3 個鏈結名稱為“美堅利化學錨栓一體化服務”，其下的內容為“美堅利專業生產化學錨栓國家級品質服務透過了 ISO9001-2000 國際品質管制體系認證”，網址為 www.meijianli.com。法院認為，美堅利公司將與“慧魚”相關的文字設置為百度推廣服務的關鍵字，從而使網路用戶在搜索相關詞語時，其設置的鏈結能出現在搜索結果頁面的推廣鏈結欄目中。將相關文字設置為推廣鏈結的關鍵字係在電腦系統內部操作，並未直接將該詞作為商業標識向公眾展示，不會使公眾將其識別為區分商品來源的商標，不屬於商標性的使用，故並未侵害原告的註冊商標專用權。¹⁸

¹⁶ CRM 軟體是 Customer Relationship Management 之簡稱，提供企業與顧客關係管理資訊應用整合系統。

¹⁷ 參見北京市海淀區人民法院（2009）海民初字第 26988 號民事判決書和北京市第一中級人民法院（2010）一中民終字第 2779 號民事判決書。

¹⁸ 參見北京市第一中級人民法院（2011）一中民初字第 9416 號民事判決書和北京市高級人民法院（2013）高民終字第 1620 號民事判決書。

因為網路資訊是“海量級”的，為了便於網路用戶能夠快速找尋到其所需內容，搜索引擎服務商針對網路用戶輸入的特定關鍵字，將相關網頁按照此前預設的特定演算法，將搜索結果呈現於用戶眼前。而其中的“競價排名”（或稱“推廣服務”），都是依託搜索引擎孕育而生的。就搜索引擎本身而言，是根據一定策略、運用特定的電腦程式從互聯網上搜集資訊，在對資訊進行組織和處理後，為用戶提供檢索服務，將用戶檢索相關的資訊展示給用戶的系統。¹⁹ 同時，在網路商務經營規模不斷擴大的情況下，經營者為了能將其網頁優先於其他網頁在搜索結果中予以展示，就透過購買、預設“競價排名關鍵字”的方式，使之可以在用戶提出該“關鍵字”請求時，能夠將該經營者的網頁優先進行推送，而經營者設定“競價排名關鍵字”行為本身是否屬於商標意義上的使用，存在著較大分歧。在前述案例中，法院也持不同觀點，但是商標本身所保護的是所對應商品或服務的來源，而不是對“特定標誌”的壟斷，如基於此點分析，可能在一定程度上釐清此問題的紛爭。²⁰

（三）因設置鏈結產生侵害商標權糾紛之類型

案例：原告黃某等二人為第 3031090 號“九鼎”文字商標的權利人，該商標核定使用在第 36 類保險等服務上。網址為 www.china-nww.com 的國風網係由被告北京九鼎誠信文化傳播有限公司（簡稱九鼎誠信公司）所經營，該網首頁設置有“九鼎競爭力網院”、“中國保險品牌精英俱樂部”等鏈結。其中“九鼎競爭力網院”鏈結指向九鼎誠信公司經營的網址為 cnibec.chinamec.cn 的九鼎競爭力線上教育直通車網，該網站載有亞太保險行銷高峰會暨“九鼎獎”頒獎典禮等內容。法院認為被告經營的網站上使用“九鼎競爭力網院”、“九鼎競爭力線上教育直通車”、

¹⁹ 張潔瓊，「論搜索引擎競價排名的侵權責任認定」，法制與社會第 6 期（下），頁 66，2013 年。

²⁰ 美國對此問題認為是屬於商標性的適用，但也在認知上存在變化。在 *1-800 Contacts v. WhenU.com, Inc.* 案中確認了，競價排名的參與者購買其他主體的商標作為關鍵字，使用戶以該關鍵字進行搜索時，在搜索結果中顯示有他人註冊商標的，但所鏈結網站並非註冊商標權利的相關網頁的行為屬於內部行為，並不構成商標使用【*1-800 Contacts v. WhenU.com, Inc.*, 414 F.3d 400 (2d Cir. 2005)】。但至 2009 年 *Rescuecom Corp. v. Google, Inc.* 案中，法院才確立了關鍵字廣告中的使用不再是內部使用，而是商標意義上的使用【*Rescuecom Corp. v. Google, Inc.*, 456 F.Supp.2d 393 (N.D.N.Y.2006)】。

“亞太保險行銷高峰會暨“九鼎獎”頒獎典禮”、“九鼎群英譜”等用語，來源在於該公司“九鼎誠信”的企業字號，目的在於宣傳介紹該公司的經營活動，具體方式上亦未單獨、突出使用“九鼎”，相關公眾在被上訴人的網站這個特定場合看到上述用語和資訊，不會將其與上訴人的商標聯繫起來，上述使用行為不會使相關公眾對服務的來源產生誤認，故不構成對原告註冊商標專用權的侵害。²¹

在網路上將他人註冊商標的標誌設置為鏈結的內容，從而指向設鏈者所希望指向的被鏈網站，雖然法律上並未對該行為屬性作出單獨的界定，但是基於網路上特定標識的產生原因，如同上文對網路“域名”的分析。一般而言，設鏈行為是將網路用戶直接指引至被鏈網站，從而簡化中間環節，增強用戶的體驗感與節省相關環節，同時被鏈網站通常也會出現設鏈的具體內容。因此，在判斷設鏈行為是否侵犯他人商標權時，不是孤立的對設鏈行為進行分析，而是應當結合被鏈網站的具體內容進行整體考量，如同對網路域名的判斷方式雷同，從而作出具體的判定結論。

（四）因新型網路產品模式引發的侵害商標權糾紛之類型

案例一：原告廣州市睿馳電腦科技有限公司（簡稱睿馳公司）在第38類資訊傳遞等服務上和第35類替他人推銷等服務上擁有“滴滴”等系列商標，被告北京小桔科技有限公司（簡稱小桔公司）基於其軟體資訊平臺向社會公眾提供“滴滴（滴滴）打車”服務，並在提供服務的軟體程式乘客端和司機端介面等處顯著標註“滴滴（滴滴）”字樣，故睿馳公司認為小桔公司的相關行為侵害了其商標權。法院認為，在發展迅速的互聯網經濟下，傳統行業開始借助移動互聯和通訊工具等開發移動應用程式，在此基礎上對傳統行業進行整合，發展不同於傳統行業的新型產業模式。小桔公司經營的專案即為此類在這種背景下，劃分商品和服務類別，不應僅因其形式上使用了基於互聯網和移動通訊業務產生的應用程式，就機械的將其歸為此類服務，應從服務的整體進行綜合性判斷，

²¹ 參見北京市海淀區人民法院（2009）海民初字第27315號民事判決書和北京市第一中級人民法院（2009）一中民終字第18093號民事判決書。

本月專題

大陸地區涉網路侵害商標權糾紛案件的類型化分析

不能將網路和通信服務的使用者與提供者混為一談，進而並未認定小桔公司所從事的涉案行為與涉案商標核定使用服務構成類似，故而不構成侵權。²²

案例二：原告騰訊科技（深圳）有限公司（以下簡稱騰訊深圳公司）為第 5710753 號“地下城與勇士”等文字商標的獨佔被許可人，該商標核定使用在第 9 類電腦軟體、電腦遊戲軟體等商品上，被告北京掌娛無限軟體技術有限公司（以下簡稱北京掌娛公司）、被告上海永晨軟體科技有限公司（以下簡稱上海永晨公司）開發運營了名稱為《地下城勇士與魔女》的手機遊戲，法院認為因涉案商標核定使用服務與《地下城勇士與魔女》同屬電子遊戲類產品，且文字相同，故容易誤導相關遊戲用戶，誤認為被控侵權商品與涉案註冊商標所標示的商品來自相同的開發運營主體，或者誤認為兩市場主體之間存在經營上的合作或法律上的關係，足以造成相關公眾的混淆與誤認，故被告的行為侵犯了原告註冊商標專用權。²³

上述二個案例分別是對 APP 應用軟體名稱及手機遊戲名稱在侵害商標權糾紛中應當如何進行司法判定的典型裁判，因為網路應用軟體可能自身即涉及到電腦軟體程式、運行中又存在即時通訊服務、線上支付服務以及銷售具體商品、提供服務等多個類別，存在多用途的聚合商品或服務，那麼如何準確對其商品或服務進行界定，將直接關係到商標侵權糾紛中最終結果的判斷。本文認為，正是基於網路的聚合性，一款軟體產品可能包含多項功能，如果裁判者被功能所困，將“深陷其中，難以自拔”。此時，可以透過對該款產品所要向消費者提供的最終商品或服務進行判斷，找尋出特定產品實際所獲收益的根源，而非被軟體的形式要件困擾，本文將此種判斷方式稱之為“實際獲益來源認定標準”。

²² 參見北京市海淀區人民法院（2014）海民（知）初字第 21033 號民事判決書，本案各方當事人並未提出上訴。

²³ 參見北京市石景山區人民法院（2014）石民初字第 66 號民事判決書，本案各方當事人並未提出上訴。同時關於軟體產品名稱侵害他人商標權的案件可參見北京市第二中級人民法院（2014）二中民終字第 171 號民事判決書。

（五）因新型網路行為方式產生的侵害商標權糾紛之類型

案例：原告李葉飛、韓燕明主張在第9類電腦軟體等商品上獲准註冊了“拍客”商標，被告北京新浪互聯資訊服務有限公司（簡稱新浪公司）在其運營的新浪網（www.sina.com.cn）、新浪微博（www.weibo.com）上推出拍客用戶端、拍客小助手等程式軟體，這些軟體可以在新浪網、新浪微博上點擊下載，也可以將這些軟體安裝到用戶使用的智慧手機上，並與新浪微博直接互通，由此新浪公司的涉案行為侵害了原告的商標專用權。而新浪公司認為，“拍客”是指互聯網時代下，將自己所拍的圖片或視頻上傳到網路平臺與他人共用的一群人，也指他們的這種行為方式。法院認為，新浪公司在應用軟體上使用“拍客”一詞，其目的是直接告知消費者該款APP的用途，這種使用係對“拍客”一詞符號本意的使用，並非商標意義上的使用，屬於描述性使用“拍客”一詞，應視為商業上的自由表達，屬於商業活動允許的正常範圍。²⁴

當網路與社會公眾的日常生活緊密相連時，許多基於網路所產生的新的行為方式之代名詞也就孕育而生。通常而言，若特定標誌，可能是中文、數位或字母直接標示或指代了社會公知的特定行為模式時，相關公眾在認知該標誌時更多的會反映出其“第一含義”，而該標誌作為識別商品或服務來源的“第二含義”可能被忽視，此時該標誌的使用也就並非商標意義上的使用，而是表示其代表的特定事物或行為，將被納入到“描述性使用”的範疇，構成了商標的正當使用，故上述案例中法院最終並未認定新浪公司的行為構成商標侵權。

²⁴ 參見北京市海淀區人民法院（2014）海民初字第14715號民事判決書和北京知識產權法院（2015）京知民終字第114號民事判決書。

伍、間接侵害他人商標權之類型

此類侵害商標權糾紛應以直接侵權構成爲基礎，因平臺服務商知道²⁵直接侵權人實施了侵權行爲，而未採取必要措施，故其應當與直接侵權人承擔連帶責任；或者平臺服務商在接到權利人通知後，而未採取必要措施的，亦應承擔相應的連帶責任²⁶。然而，在此應當注意，由於平臺服務商應當事先對其平臺上網路賣家的相關經營資格進行形式審核，而且平臺具體的經營方式爲自營、還是第三方平臺經營，或是混合型經營，均應由平臺服務商承擔相應的舉證證明責任，在其不能予以證明的情況下，則推定平臺服務商直接侵害了他人商標權。

一、因平臺服務商未能舉證推定其爲直接侵權人之類型

據查閱相關裁判文書，因大陸地區平臺服務商的經營主體相對集中，如大型第三方平臺或混合型經營平臺主要有淘寶、京東等大型電商，故其相關操作較爲規範與成熟，由此導致因舉證不能推定平臺服務商爲直接侵權人的裁判文書並未查詢到，僅是在涉網路著作權糾紛中出現過相關判例²⁷。



雖然並未查詢到相關判例，但是若權利人有初步證據證明平臺服務商提供被控侵權交易資訊或者從事交易行爲，導致侵害其商標權的，平臺服務商若以其爲網路服務提供者進行抗辯，則應當提供能夠確定網路賣家的主體身份、聯繫方式、網路位址等相關證據，從而證明被控交易資訊或交易行爲係由其他網路賣家提供或實施的，否則平臺服務商應被推定爲直接侵權人，並承擔相應的侵權責任。

²⁵ 大陸地區《侵權責任法》第三十六條第三款規定，網路服務提供者知道網路用戶利用其網路服務侵害他人民事權益，未採取必要措施的，與該網路用戶承擔連帶責任。關於前述規定中“知道”的含義，一般理解爲包括了“明知”與“應知”兩種主觀狀態，對應之主觀意圖即爲“故意”與“過失”。參見王勝明主編，「大陸地區《侵權責任法》釋義」，頁217，法律出版社，2013年第2版。

²⁶ 大陸地區《侵權責任法》第三十六條第二款規定，網路用戶利用網路服務實施侵權行爲的，被侵權人有權通知網路服務提供者採取刪除、遮罩、斷開連接等必要措施。網路服務提供者接到通知後未及時採取必要措施的，對損害的擴大部分與該網路用戶承擔連帶責任。然而，該法並未對“通知”的有效形式進行具體規定，即通知達到何種程度的形式要件才能與該法所規定的“通知”效力相等同，在司法實踐中存在不同的認知。

²⁷ 參見北京市東城區人民法院（2013）東民初字第4844號民事判決書，本案各方當事人並未提出上訴。

二、因平臺服務商未盡審查義務而承擔責任之類型

案例：原告株式會社迪桑特主張其在第 25 類休閒鞋、運動鞋等商品上擁有第 2000475 號  商標的專用權。2011 年 3 月 14 日，被告北京今日都市資訊技術有限公司（以下簡稱今日都市公司）在其網站（即滴答團網）上發佈資訊，以人民幣 99 元的價格組織消費者團購被告深圳走秀網路科技有限公司（以下簡稱走秀網公司）提供的“原價 480 元的法國公雞旅行鞋”，故二被告的行為構成侵害商標權。被告今日都市公司辯稱，其與走秀網公司簽訂了《推廣合同》，雙方約定由今日都市公司提供銷售平臺，組織消費者團購走秀網公司提供的帶有  標識的法國公雞旅遊鞋，故其不是直接的侵權行為人，已盡到相關審查義務，不應承擔責任。法院經審理認為，今日都市公司明確知曉該團購活動中銷售的被控侵權商品的具體資訊，包括使用的商標情況；今日都市公司也直接從被控侵權商品的特定交易中獲得經濟利益，因此，今日都市公司應當承擔在團購資訊發佈前就審查被控侵權商品的合法性的義務，包括審查被控侵權商品的使用的商標是否合法。然而在走秀網公司已經明確侵害原告商標專用權的情況下，今日都市公司並未盡到相關審查義務，應當承擔相應責任。²⁸

關於平臺服務商審查義務的程度與範圍，直接決定了其對被控侵權交易資訊或交易行為是否構成“知道”，故在司法實踐中存在認知的不統一性。對此問題的分析，應當從具體的平臺服務商之經營模式進行分析，應當從其服務的性質、方式、內容、規模、以及應具備的資訊管理能力和經營能力等因素進行考量，合理界定平臺服務商的審查義務，避免不當加大審查責任而影響相關產業的正常運行與發展，同時也應對權利人的合法權益之保護予以充分考量。在上述判例中，法院就是在綜合在案因素的情況下，對今日都市公司的審查義務進行了合理界定，從而得出了相應的裁判結論。

三、因平臺服務商已盡審查義務不承擔責任之類型

案例：原告呷哺呷哺餐飲管理有限公司（簡稱呷哺呷哺公司）主張其是註冊在第 43 類服務上的第 4762343 號  商標的權利人，被

²⁸ 參見北京市第二中級人民法院（2011）二中民初字第 11699 號民事判決書和北京市高級人民法院（2012）高民終字第 3969 號民事判決書。

本月專題

大陸地區涉網路侵害商標權糾紛案件的類型化分析

告石家莊呷哺餐飲有限公司（簡稱石家莊呷哺公司）在被告北京窩窩團資訊技術有限公司（簡稱窩窩團公司）註冊的窩窩團網站上以“陽光呷哺”的名義銷售團購火鍋套餐，且提供的服務和經營業態與原告提供的服務和經營業態極為相似，使消費者誤認為石家莊呷哺公司提供的服務來源於我公司，而窩窩團公司對此並未盡到審查義務，故二被告應當承擔侵害商標權的責任。法院認為，窩窩團公司作為一家經營團購業務的網站，提供的是電子商務交易平臺技術服務。而電子商務交易平臺提供者從特定的交易行為中獲得直接經濟利益或者與網路賣家合作經營，只承擔銷售者的形式審查義務。大陸地區商標法規定，銷售不知道是侵犯註冊商標專用權的商品，能證明該商品是自己合法取得的並說明提供者的，不承擔賠償責任。即銷售者只承擔與其獲利相對應的形式審查義務，如不知道侵權事實，且在訴訟中提供了合法來源，就應免除賠償責任。窩窩團公司作為團購網站，雖應盡到一定的事前審查注意義務，但該事前的注意義務應限制在合理範圍內，主要是形式審查的義務。同時，在事後收到權利人的通知，並足以認識到相關商品具有較大的侵權可能性時，需要及時採取必要措施。如果其未盡到上述注意義務，應認定其存在主觀過錯。但本案中，窩窩團公司並不存在相關應當承擔責任的情形，故原告對其訴訟請求缺乏依據。²⁹

在上述判例中，確定了平臺服務商通常情況下不具有事先審查的義務，這也是從利益平衡原則的視角出發，在兼顧權利人、平臺服務商、網路賣家及社會公眾利益的基礎上，作出的相應認定，同時也為大陸地區的裁判所接受。然而，在此應當注意，若權利人明確向平臺服務商發出網路賣家侵害商標權的通知³⁰後，平臺服務商並未採取相關必要措施的情況下，在網路賣家直接侵權行為構成的前提下，平臺服務商則應承擔相應的連帶責任。

²⁹ 參見北京市海淀區人民法院（2013）海民初字第11362號民事判決書和北京市第一中級人民法院（2013）一中民終字第13985號民事判決書。

³⁰ 本文認為，“通知”的具體形式應當以書面或者平臺服務商公示的方式向平臺服務商發出，同時該通知內容應當能夠使平臺服務商確定被控侵權資訊或行為的具體情況，且能確信存在侵害商標權情形的可能性較大。

陸、結語

案件類型化的分析可以有效梳理同類化案件所表現出的個體差異性，從而發現其中的審判共識與分歧，在合理論證、充分闡述的基礎上，突破固有的思維禁錮，找尋出適應時代需求的司法路徑。裁判者適用法律的過程，實則就是在發現法律的過程，只是其中所發現的具體內容為特定法律規定所蘊含的價值理念。特別是在本文的撰寫過程中，使筆者對該類案件的具體情形也有了更深層次的瞭解，對相關問題也產生了更深刻的思考，實感欣然。