

IP

知识产权专题研究书系

DIANZI SHANGWU ZHONG DE SHANGBIAO SHIYONG

JI QINQUAN ZEREN YANJIU

电子商务中的商标使用 及侵权责任研究

张 今 郭斯伦 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

IP

专利池的市场定价方法研究

商标保护与商业表达自由

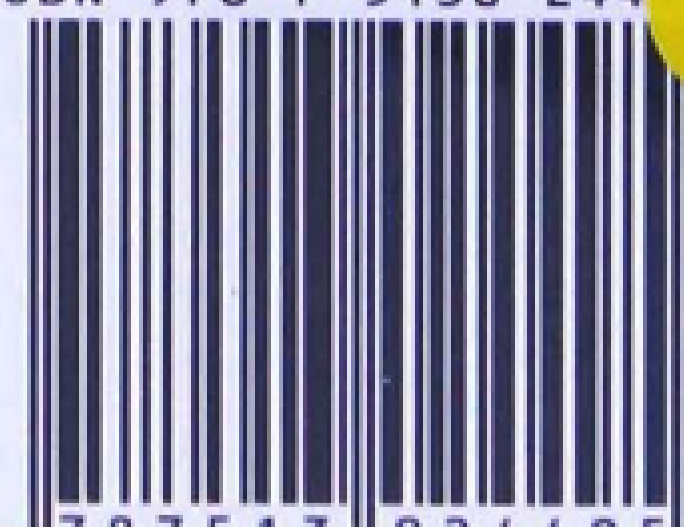
邻接权归宿论

专利集中战略研究

电子商务中的商标使用及侵权责任研究



ISBN 978-7-5130-244



9 787513 024495 >

ISBN 978-7-5130-2449-5

定价：48.00元

电子商务中的商标使用及侵权责任研究教育部

— IP 知识产权专题研究书系 —

DIANZI SHANGWU ZHONG DE SHANGBIAO SHIYONG

JI QINQUAN ZEREN YANJIU

电子商务中的商标使用 及侵权责任研究

张 今 郭斯伦 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

责任编辑：刘 睿 罗 慧
特约编辑：崇世健

责任校对：韩秀天
责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

电子商务中的商标使用及侵权责任研究 / 张今, 郭斯伦著.
—北京: 知识产权出版社, 2013. 11

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2449 - 5

I. ①电… II. ①张…②郭… III. ①电子商务 - 商标 -
侵权行为 - 研究 - 中国 IV. ①D923.434

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 277014 号

电子商务中的商标使用及侵权责任研究

张 今 郭斯伦 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

责编电话：010 - 82000860 转 8113

印 刷：保定市中画美凯印刷有限公司

开 本：720mm × 960mm 1/16

版 次：2014 年 1 月第一版

字 数：237 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2449 - 5

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010 - 82005070/82000893

责编邮箱：liurui@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：18.5

印 次：2014 年 1 月第一次印刷

定 价：48.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

前 言

商标使用是商标法制度的重要组成部分。一方面，商标只有经过使用才能实现其最基本的功能——识别功能；没有经过商标使用，消费者无法将该标识与商品（服务）的提供者、商品（服务）的质量相联系，识别功能也就无法产生。因此，商标权的取得和维持与商标使用密切相关。另一方面，商标法保护商标权，根本目的在于维护商标的正常使用秩序，既保障商标权人依法使用其商标，又禁止第三人未经许可擅自使用。因此，商标权的内容和商标权范围的界定，其核心也是商标使用。可以说，在商标法中，无论是程序问题（如商标权的取得和维持），还是实体问题（如商标权的内容和商标权利范围的界定），都与商标使用密切相关。

在这一系列问题中，商标使用与商标侵权的关系尤其值得关注。商标侵权首先是一种商标使用行为，只有使用了商标，才可能构成商标侵权；而确定商标侵权，最终又是为了更好地维护商标使用。然而，目前有关商标使用的理论研究多集中于商标使用的共性、在先使用人保护制度中的商标使用、连续3年不使用撤销制度中的商标

使用等问题,^①对商标侵权中商标使用的研究却鲜有成果出现。

与此同时,互联网的迅速发展和普遍运用也对商标使用和商标侵权带来了前所未有的影响。网络环境下,商品(服务)的生产、提供和消费的模式发生了巨大改变,在传统的有形市场中产生的商标使用方式在新的网络无形市场中呈现出不同的特点,侵犯商标权的行为和侵权主体也日益多样化。由此,许多国家都在既有的商标法律制度框架中,针对网络环境下的商标使用与商标侵权确立了一些新规则。例如,美国在司法中通过判例确立了初始混淆、元标签侵权等判定规则。欧盟于2000年颁布了《欧盟电子商务指令》,规定电子商务服务提供者的责任,司法中又通过“欧莱雅诉易趣”“路易威登诉谷歌”等案件确立了交易平台提供者责任和关键词商标侵权构成的认定标准。世界知识产权组织对此也给予高度关注,经过多次会议讨论,终于在2001年通过《关于在因特网上保护商标权以及各种标志的其他工业产权的规定的联合建议》,“采用加速发展国际上共同一致的原则的办法”,^②对商标在网络上的使用和侵权责任等问题作出了较为详细的规定。

相形之下,我国对网络环境下商标使用和侵犯商标权的立法规定与司法实践现状却不尽如人意。具体而言,《商标法》及其实施条例中

^① 对商标使用共性的研究,见张德芬:“商标使用界定标准的重构”,载《知识产权》2012年第3期。对在先使用人保护制度中商标使用的研究,见邓宏光:“为商标被动使用行为正名”,载《知识产权》2011年第7期;黄汇、谢申文:“驳商标被动使用保护论”,载《知识产权》2012年第7期。对商标撤销制度中商标使用的研究,见李扬:“注册商标不使用撤销制度中的‘商标使用’界定”,载《法学》2009年第10期;张玉敏:“论使用在商标制度构建中的作用——写在商标法第三次修改之际”,载《知识产权》2011年第9期。

^② 世界知识产权组织:“关于在因特网上保护商标权以及各种标志的其他工业产权的规定的联合建议”,载 <http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/zh/docs/pub845.pdf>, 2013年7月23日访问。

对商标使用和侵犯商标权的规定基本上仅针对传统的有形市场。例如,《商标法实施条例》第3条将商标使用界定为“将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上,或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中”。显然,在商品、商品包装或容器以及商品交易文书上的使用都是传统有形市场中的使用方式,在广告宣传、展览及其他商业活动中的使用虽然在广义上可以包含电子商务,但其表述太过泛泛,且置于前半句之后,仍容易被理解为有形市场中除商品实体之外的使用方式。再如,《商标法》第52条、《商标法实施条例》第50条及最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条列举的9种商标侵权行为,也主要针对传统有形市场,无法涵盖电子交易平台、搜索引擎、链接等网络环境下的新型侵权行为。《侵权责任法》第36条“互联网条款”虽然可以在原则上适用于这些新型行为,但其规定稍嫌笼统,难以很好地指导司法实践。在此种情形下,法院面对日益频发的网络商标权纠纷,出现司法审判标准不一甚至同案不同判的现象便成为势之必然。这不仅有损于法律的统一性和权威性,更降低了各种商标使用行为之法律后果的可预见性,不利于电子商务活动的健康、有序开展。

理论界对网络商标权的研究大多集中在侵害商标权方面,有关商标使用的专项研究很少。对网络环境下商标侵权的研究虽然会涉及一些商标使用问题,^①但其主要针对的是竞价排名情形,覆盖面较窄且分析不够深入,对商标使用的内涵和要件、商标使用与商标侵权的关系等问题没有梳理清楚。这进而导致有关网络环境下商标侵权

^① 例如,陈晓俊:“竞价排名商标侵权认定的新思路——商标间接侵权原则的应用”,载《电子知识产权》2009年第4期;胡洪:“竞价排名的商标侵权分析——以初始利益混淆理论为视角”,见张平、黄绅嘉主编:《网络法律评论(第14卷)》,北京大学出版社2012年版;张啸:《竞价排名模式下商标侵权研究》,中国政法大学2011年硕士学位论文。

的研究也流于表面，商标侵权责任原理、具体情形下商标侵权责任的认定等问题亟需系统、深入的分析阐述。

鉴于此，本书将从电子商务中的实际问题出发，立足于商标法基础理论，对网络环境下的商标使用和商标侵权作详细、深入研究，以求达到下列目的：第一，梳理商标使用与商标侵权理论，明确商标使用的内涵和要件、侵害商标权的本质及构成要件、商标使用与商标侵权的关系，为商标法第三次修改提供理论支撑；第二，结合电子商务的实际开展情况，对网络交易平台、关键词推广（竞价排名）等典型情形中的商标使用与商标侵权作出具体认定，以帮助实务界在司法中正确认识 and 解决电子商务中商标使用和侵权的问题，既保护知识产权，又促进新兴科技和新兴产业的发展。

本书主要内容由以下几部分组成。

（1）商标使用研究。商标使用是一系列商标法问题的核心与前提。本书以较大的篇幅，着重对商标使用的理论和相关司法判例进行研究，具体内容分为两小部分。一是商标使用理论的梳理和阐述。首先对商标使用理论及国内外法律规则进行梳理，归纳出商标使用的原理，分析商标使用的立法本意、类型与构成要件；继之，对国外有关商标使用的司法判例进行比较分析，探究商标使用的具体认定及其在商标侵权中的地位；最后，总结我国的相关司法实践，指出电子商务中商标使用的特殊之处与认定难点。二是商标使用分述。根据电子商务实践，对关键词推广、元标签、链接和电子交易平台四种情形下的商标使用问题进行类型化研究。在每一种类型之中，均从相关技术所支撑的商业模式着手，根据商标使用的原理，对美国、欧盟等主要国家的司法判例进行借鉴和总结，在此基础上，分析不同商业模式中的商标使用行为，从而为进一步探讨电子商务商标权利纠纷中，网络服务商行（为）定性以及应当承担的法律责任奠定基础。

（2）混淆可能性与商标淡化研究。商标使用是混淆可能性的事

实基础，混淆可能性是商标使用的或然（非必然）结果。从商标侵权角度来看，将某标识作为商标使用且其后果可能造成消费者混淆，便构成侵犯商标权。而对驰名商标而言，混淆理论已不足以提供全面保护，淡化理论有取而代之之势。因此，本部分主要对商标混淆和商标淡化进行研究，具体分为两章。其中一章是商标混淆研究。首先梳理混淆可能性的内涵与判断要素，然后针对电子商务的特点，着重阐述售前混淆理论；继之，从判断的时间、主体、方法等角度，分析电子商务中混淆可能性的判断规则；最后，针对关键词推广、元标签、链接和电子交易平台这几种主要的商业模式，具体判断其中的混淆可能性。另一章是商标淡化研究。从商标混淆与商标淡化的关系入手，对美国、欧盟、德国和日本等主要国家的反商标淡化立法进行比较分析，总结经验以资我国借鉴；结合《巴黎公约》、TRIPs 协议等国际条约，指出我国在反商标淡化立法方面的欠缺；最后，对商标淡化理论在电子商务中的运用进行具体阐述，着重分析淡化理论的保护对象、认定标准、适用例外以及在关键词推广、元标签、链接等情形中的表现形式。

（3）商标侵权责任研究。商标使用与混淆可能性（在驰名商标情形下是淡化可能性）是商标侵权责任的两个构成要件，因此，在第二和第三部分对这两项构成要件进行分别研究之后，本部分即对商标侵权责任进行总体分析。

本部分首先承继前文，系统地梳理商标侵权责任原理，对直接侵权责任和间接侵权责任的构成要件进行全面阐述；然后，以共同侵权责任为理论依据，结合电子商务的特点和《侵权责任法》第 36 条“互联网条款”，对电子商务中侵害商标权的责任进行具体研究，着重分析电子商务中商标间接侵权责任的类型及其构成要件，尤其是帮助侵权责任下的主观过错问题，并澄清电子商务商标侵权责任与避风港规则之间的关系；最后，针对司法实践中案件主要集中于电

电子商务平台和关键词推广两个类型并且商标权人大多对网络服务商提出权利主张的现状，对电子商务平台和搜索引擎服务商的商标间接侵权责任进行类型化研究，分别从帮助侵权责任和替代侵权责任角度具体认定网络服务商的法律责任。

在研究方法上，本书坚持理论分析方法，对商标法的多项制度元素及电子商务商标使用和侵权的新问题、争论问题，进行了较为深入的理论论证和比较研究。从法律规定的本意到司法应用的规则，力求准确阐释法律精神，提出解决问题的思路 and 具体规则。例如，运用商标法原理对商标使用进行深入的研究，从商标使用的定义、商标使用的构成、商标使用的类型，给予详细的论证。根据商标权的本质和侵权责任的原理，解析商标使用与商标侵权的构成要件，以及商标使用与商标侵权之间的作用机理等基本理论问题，并对现有的理论和立法进行梳理。

实证分析法是本书的一大特点。本研究对国内外的司法判例进行了大量的检索、筛选、统计和分析工作，试图既从整体上把握一些国家在相关问题上的司法态度及发展趋势，又通过援引典型案例进行具体分析，考察商标法在电子商务环境的实际运作状况。其中，国内裁判文书是通过北大法宝网中的司法案例数据库进行检索的。我们分别以“电子商务平台”“商标侵权”“竞价排名”“百度推广”“推广链接”“推广”为关键词，搜索2005~2013年6月底作出的有关电子商务中侵犯商标权及不正当竞争案件的裁判文书，搜索结果包括所有审判级别（一审、二审和再审）、所有受理法院（最高法院、高级法院、中级法院、基层法院、专门法院）以及所有结案方式（判决、裁定、调解）。既有案件的数据分析和典型案例分析是为了更好地解读法律、佐证观点和说明问题。

国外司法判例覆盖美国、欧盟等网络发达、电子商务活动频繁的地区和国家，但是鉴于欧盟案件来源的困难，因此我们主要以美国

的司法判例为视角，观察国际社会对电子商务领域商标权保护的立法和经验，为国内的立法和司法提供有益的借鉴。我们通过 Westlaw International 数据库中的美国联邦判例集，以“元标签”（meta tag）、“关键词推广”（keyword）、“弹窗广告”（pop up）、“链接”（hyperlinks）为关键词，检索了 1999 ~ 2013 年 7 月的商标侵权案件，搜索结果包括地区法院和联邦巡回上诉法院审理的案件，共获得 190 件判决书。此外，我们还通过其他途径，广泛收集欧盟及其成员国英国、德国等的立法例，援引《巴黎公约》、TRIPs 协议等国际条约，深入比较国内外商标使用和商标侵权制度的异同，分析其中的法理、立法背景和社会条件，为我们的研究提供比较法上的支持。

本书是在教育部人文社会科学研究项目“电子商务中商标使用和商标侵权”调研报告的基础上撰写完成的。在课题研究过程中，我的研究生朱玲凤、余静、卢学丽、李小菲、李舒、秦桦起草了调研报告中“关键词推广”“元标签”“链接”“网络交易平台”“混淆和淡化”的部分内容，研究生任静、刘洋等承担了资料搜集、案例分析等工作。在课题调研报告的基础上，我撰写了第二章、第三章第一节、第七章第一节，整理修改了其他章节，北京中医药大学郭斯伦讲师撰写了第九章。全书审订统稿由我完成。

商标使用是商标法中极为复杂的问题之一，同时也是近年来备受关注的研究课题。尽管本书以电子商务环境中的商标使用和商标侵权为视角，对商标使用的理论和现实问题进行了探索性研究，然而由于个人学术水平和研究能力所限，论述中必有错误和疏漏，其中的错误观点均由我本人负责。在此诚挚地希望能得到有意于本论题研究的同仁的批评指正。

张 今

2013 年 8 月

目 录

第一章 概述	(1)
第一节 电子商务现状	(1)
一、电子商务的定义及分类	(1)
二、电子商务行业状况	(5)
第二节 电子商务中的商标法问题	(9)
一、商标在电子商务中的作用	(9)
二、电子商务中商标使用和商标侵权的类型	(11)
第二章 商标使用的理论梳理和法律解读	(14)
第一节 商标使用的理论	(14)
一、商标使用的意义	(14)
二、商标使用的类型	(17)
第二节 商标使用的法律规定	(24)
一、商标使用的界定	(24)
二、商标使用的构成	(28)
三、《因特网上保护商标权联合建议》中的商标使用	(32)
第三节 美国和英国对“使用”的司法态度	(33)
一、美国“商业中使用”的案件与分析	(33)
二、英国“商标性使用”的案件与分析	(40)
第四节 我国商标确权案件中商标使用的认定	(49)
一、案件整体情况	(50)
二、“连续3年不使用”对商标确权的影响	(54)
三、“实际使用”对相似商标争议案件的影响	(61)
四、“在先使用并有一定影响”对商标争议案件的影响	(62)

五、使用在驰名商标案件中的影响	(64)
第五节 我国侵犯商标权案件中商标使用的认定	(64)
一、地方法院对待侵权行为使用的态度	(64)
二、最高人民法院的司法解释和法律适用	(68)
第六节 电子商务中的商标使用	(69)
一、判断电子商务中商标使用的难点	(69)
二、电子商务中使用商标标识的形态	(71)
三、电子商务中商标功能的厘定	(74)
第三章 关键词推广中的商标使用	(76)
第一节 关键词推广中的法律问题	(76)
一、关键词推广商业模式	(76)
二、关键词推广的法律性质	(78)
第二节 欧盟、美国司法实践对关键词推广的态度	(83)
一、欧洲的判例	(83)
二、美国的判例	(87)
第三节 关键词推广中商标使用的判定	(92)
一、指示商品或服务来源的使用	(93)
二、客户的商标使用行为	(93)
三、搜索链接服务提供者的商标使用行为	(94)
第四章 元标签中的商标使用	(95)
第一节 元标签中的商标问题	(95)
一、元标签的原理	(95)
二、元标签中的商标标识是否构成商标使用	(97)
第二节 美国、欧洲司法实践对元标签的态度	(98)
一、美国的司法实践	(98)
二、欧盟国家的判例	(101)
三、德国的判例	(102)
第三节 元标签中商标使用的判断	(103)

一、价值取向	(103)
二、元标签构成商标使用的考量因素	(104)
第五章 链接中的商标使用	(107)
第一节 链接与商标	(107)
一、链接原理	(107)
二、各种链接与商标	(108)
第二节 链接中的商标使用	(111)
一、超级链接中的商标使用	(111)
二、深度链接中的商标使用	(113)
三、加框链接中的商标使用	(114)
第六章 网络交易平台的商标使用	(117)
第一节 网络交易平台概述	(117)
一、网络交易平台的含义及分类	(117)
二、网络交易平台的法律性质	(119)
第二节 网络交易平台与商标权侵权行为的关系	(121)
一、认定网络交易平台不构成侵权的判决	(121)
二、认定网络交易平台构成共同侵权的判决	(123)
第三节 网络交易平台商标使用的认定	(124)
一、网店的商标使用行为	(124)
二、网络交易平台的商标使用行为	(125)
第七章 造成混淆的商标侵权	(127)
第一节 混淆与侵犯商标权	(127)
一、混淆可能性	(127)
二、售前混淆的理论	(134)
三、电子商务中的售前混淆	(139)
四、售前混淆行为的规制	(154)
第二节 电子商务中混淆可能性判断的一般规则	(161)
一、混淆判断的时间	(161)

二、混淆判断的主体	(163)
三、判断混淆的方法	(164)
第三节 不同商业模式中混淆可能性的判断	(167)
一、关键词推广混淆可能性的判断	(167)
二、元标签混淆可能性的判断	(170)
三、链接混淆可能性的判断	(172)
四、网络交易平台混淆可能性的判断	(174)
第八章 电子商务中的商标淡化	(176)
第一节 淡化理论与立法	(176)
一、商标淡化与商标混淆的关系	(177)
二、淡化立法	(179)
第二节 淡化理论在电子商务商标案件中的运用	(187)
一、反淡化保护的客体是具有知名度的商标	(190)
二、网络上商标淡化行为的表现形式	(194)
三、淡化的认定标准	(198)
四、淡化行为的例外	(201)
第九章 电子商务中侵犯商标权的法律责任	(206)
第一节 侵害商标权法律责任概述	(206)
一、直接侵权责任	(206)
二、商标间接侵权责任	(213)
第二节 电子商务商标侵权责任的原理分析	(216)
一、电子商务中的直接侵权	(216)
二、电子商务中的间接侵权	(217)
三、避风港规则与商标侵权责任的关系辨析	(229)
第三节 电子商务商标侵权责任的类型化分析之一：电子 商务平台商的间接侵权责任	(239)
一、现有案例综述	(239)
二、电子商务平台商的法律地位	(242)

三、从帮助侵权分析电子商务平台商的间接责任	(244)
四、从替代责任角度分析电子商务平台商的间接责任	(259)
第四节 电子商务商标侵权责任的类型化分析之二：搜索	
引擎服务商的间接侵权责任	(264)
一、搜索引擎服务商的法律地位	(266)
二、从帮助侵权分析搜索引擎服务商的间接责任	(268)
三、从替代侵权责任角度分析搜索引擎服务商的间接	
责任	(275)

第一章 概述

第一节 电子商务现状

自 20 世纪 90 年代以来,随着信息技术的迅速发展、互联网的商业化运营以及商务活动的国际化、无纸化发展,电子商务这一全新的商业模式应运而生。电子商务的出现对社会和经济产生了巨大影响:(1) 电子商务改变了商务活动的方式,买卖双方不再需要面对面地进行磋商议价,而是可以直接通过网络,洽谈、购买产品;(2) 电子商务改变了人们的消费方式,网上购物使消费者可以在自己选定的时间和地点了解、选择并购买产品;(3) 电子商务改变了企业的生产和销售方式,企业充分利用网络向消费者推广和销售其产品,加大网络营销的力度,开通网络销售的渠道;(4) 电子商务为传统销售行业带来了一场革命,使传统零售业和批发业开创了“无店铺”“网络营销”的局面;(5) 电子商务带来一个全新的金融业,网上支付促生了网上银行、手机银行等新兴的金融服务方式,将传统的金融业带入一个新的领域。

一、电子商务的定义及分类

(一) 电子商务的定义

“电子商务”目前没有统一、明确的定义,国际组织、各国相关的行业协会和大型跨国企业对“电子商务”从各自不同的专业或角度进行界定。

IBM 公司在 1997 年首次提出电子商务 (Electronic Business, EB) 的概念, 它的定义是: “电子商务是在互联网的广阔联系与传统信息技术系统的丰富资源相互结合的背景下, 应运而生的一种在互联网上展开的互相关联的动态商务活动, 电子商务有广义和狭义之分。狭义的电子商务称做电子交易, 主要是利用网络提供的通信手段在网上进行的交易。而广义的电子商务是包括电子交易在内的, 利用网络进行的全面的商业活动, 如市场调查分析、财务核算、生产计划安排、客户联系、物资管理等。”^①

根据《联合国国际贸易法委员会电子商务示范法》(UMLEC) 的规定, 广义的电子商务是指以数据信息形式, 即以电子、光或类似手段, 包括电子数据交换、电子邮件、电报、电传、电子复印等方式, 所产生、发送、接受或存储的信息形式, 也包括使用替代物替代以纸件为基础的信息交换与存储方式所进行的商业活动。而狭义的电子商务则指以互联网为运行平台的商事交易活动。^②

虽然各个定义采用的措辞不同, 但都是从狭义和广义两个层面来定义电子商务的。狭义的电子商务主要是指运用 Internet (互联网) 开展的商务交易或与商务交易直接相关的活动, 其业务范围包括信息交换 (网络广告)、售前售后 (在线提供产品和服务的细节、答复消费者意见)、销售、电子支付等。广义的电子商务是指运用 IT 技术对整个商务活动实现电子化, 利用 Internet、Intranet (企业内部网) 和 Extranet 等各种不同形式的网络以及其他信息技术进行所有的企业活动。^③

(二) 电子商务的分类

(1) 按照使用网络的类型不同, 可将电子商务划分为基于 EDI

^① 尹世久:《电子商务概论》,机械工业出版社2008年版,第5页。

^② 潘娟娟:“电子商务中的商标侵权”,载《电子知识产权》2006年第7期。

^③ 蹇洁等:《电子商务导论》,人民邮电出版社2009年版,第5页。

的电子商务、基于 Internet 的电子商务、基于 Intranet 的电子商务和基于 Extranet 的电子商务。①基于 EDI 的电子商务，即电子商务是将商业或行政事务按照一个公认的标准进行处理，形成结构化的事务处理或文档数据格式后，再由计算机传送到计算机的电子传输方法；①②基于 Internet 的电子商务，即电子商务是基于计算机和软件的在通信网络上从事的经济活动，该种电子商务是最为普遍的，也是狭义的电子商务；③基于 Intranet 的电子商务，即 Intranet 将大、中型企业分布在各地的分支机构及企业内部的有关部门和各种信息通过网络予以连通，利用网络在线处理事务，从而代替纸张贸易和内部沟通；④基于 Extranet 的电子商务，即 Extranet 使企业和其他企业及相关机构（如原材料供应商、客户等）之间的互访，开展商品交易活动。②

(2) 按照电子商务的交易对象，可将电子商务划分为企业与企业之间的电子商务、企业与消费者之间的电子商务、消费者与消费者之间的电子商务、企业与政府之间的电子商务和消费者与政府之间的电子商务。①企业与企业之间的电子商务（Business to Business, B2B），是一种基于 Internet，以企业和企业为交易主体，以银行电子支付和结算为手段，以企业数据为依托的商务模式，比如阿里巴巴采购批发网站；②企业与消费者之间的电子商务（Business to Customer, 简称 B2C），指企业通过 Internet 为消费者提供的完成订购商品或服务的活动，基本形式是网上在线零售，比如京东商城、当当网等；③消费者与消费者之间的电子商务（Customer To Customer, C2C），是指消费者之间进行的电子商务或网上事务合作活动，其本质是网上拍卖，如淘宝网、拍拍网；④企业和政府之间的电子商务（Business To Government, B2G），涵盖了政府与企业之间的各项事

① EDI 强调的是一种公认的标准，主要用于企业内部信息等的标准化，促进了全球的无纸化贸易。基于 EDI 的电子商务是电子商务的最初形式。

② 黄彦辉：《电子商务概论》，中国水利水电出版社 2008 年版，第 18～19 页。

务，包括政府采购、税收、商检、管理条例以及政策颁布等；⑤消费者与政府之间的电子商务（Customer To Government, C2G），是指在政府和个人之间借助 Internet 开展事务合作或商业交易，比如网上纳税等。^①

其中 B2B、B2C、C2C 模式是电子商务中最活跃的部分。近两年，从当当网扩大联合运营加大招商，到京东商城宣布开放平台，从 VANCL 推出 V+ 平台、乐酷天上线到淘宝商城独立域名发布，平台化成为网络交易平台的重要发展趋势之一。所谓平台化是指网络交易平台在自有业务之外，开放平台引进其他商家，其他商家可以利用网络交易平台的消费者群体，借助其平台销售产品，而网络交易平台服务提供商可以获得一定的费用收入。艾瑞咨询分析认为，平台化一方面可以满足消费者一站式的购物需求，为消费者提供更为丰富的商品；另一方面可以帮助企业快速拓展商品种类，扩大营业规模，分摊运营成本。但是，平台化对法律关系和法律责任的认定产生了影响，因此需要进一步理清网络交易平台的分类。根据法律关系的不同，将网络交易平台分为自营性网络交易平台和第三方网络交易平台。自营性网络交易平台是指兼具平台运营维护方以及平台商业信息发布者、平台上商品和服务提供者的双重身份的平台。^②如“苏宁易购”“国美电器”等均是自己构建交易平台、自己提供销售的商品和服务。第三方网络交易平台是指由卖家按照平台的预设规则发布商品或服务信息、提供商品或服务的销售，平台提供者不直接参与交易，仅是提供线上商业信息发布空间存储服务或

① 黄彦辉：《电子商务概论》，中国水利水电出版社 2008 年版，第 19～20 页。

② 陈文煊：“电子商务知识产权纠纷案件综述”，载《电子知识产权》2012 年第 4 期。

交易环境的平台。^① 因此，如“淘宝网”“天猫商城”等网络交易平台提供者仅是提供交易平台和相关的技术服务，并不参与交易。

(3) 按照参与的网络服务提供商，可将电子商务分为搜索链接服务提供商（以下简称“搜商”）参与的电子商务和网络交易平台提供者（以下简称“平台商”）参与的电子商务。商标在电子商务中主要活跃于营销阶段和销售阶段。在营销阶段，除了传统的展示类广告（如旗帜广告、品牌图形广告等），更多的是搜索类广告，^② 主要是关键词搜索，这就是搜商参与的电子商务。搜商参与的电子商务是指搜商提供技术服务，客户提交关键词、标题和描述到搜商的服务器上，当用户输入相关的搜索词后，服务器自动形成的关键词推广出现在搜索结果内，以此来吸引消费者点击进入客户的网站，从而进行推广营销。在销售阶段，第三方网络交易平台为商家提供交易场所和相关技术服务，此为平台商参与的电子商务。这两种类型的电子商务存在共同之处，即搜商和平台商并未直接参与广告或销售活动，而是为这种行为提供技术服务，其是否需要为因其提供的技术服务而产生的侵权行为承担法律责任是本课题重点研究的问题。

二、电子商务行业状况

近5年来，我国的电子商务如网络经营迅速发展，电子商务不再局限于大公司、企业范围内，而是频繁地出现在人们的日常生活中，成为市场经营和贸易的组成部分。

^① 陈文煊：“电子商务知识产权纠纷案件综述”，载《电子知识产权》2012年第4期。

^② 搜索类广告是指基于搜索引擎的功能而开发的广告类型，主要是关键词搜索广告，即竞价排名，当用户输入搜索词，则付费搜索结果中会出现与该词有关的搜索结果。

(一) 网络购物行业现状*

根据艾瑞咨询《2011年中国互联网市场年度总结报告》，2011年中国网络购物市场交易规模为7666亿元，年增长率为66.3%，占社会零售总额的4.2%。根据艾瑞计预测模型估算所得，中国网络购物市场规模的发展趋势如图1-1所示。

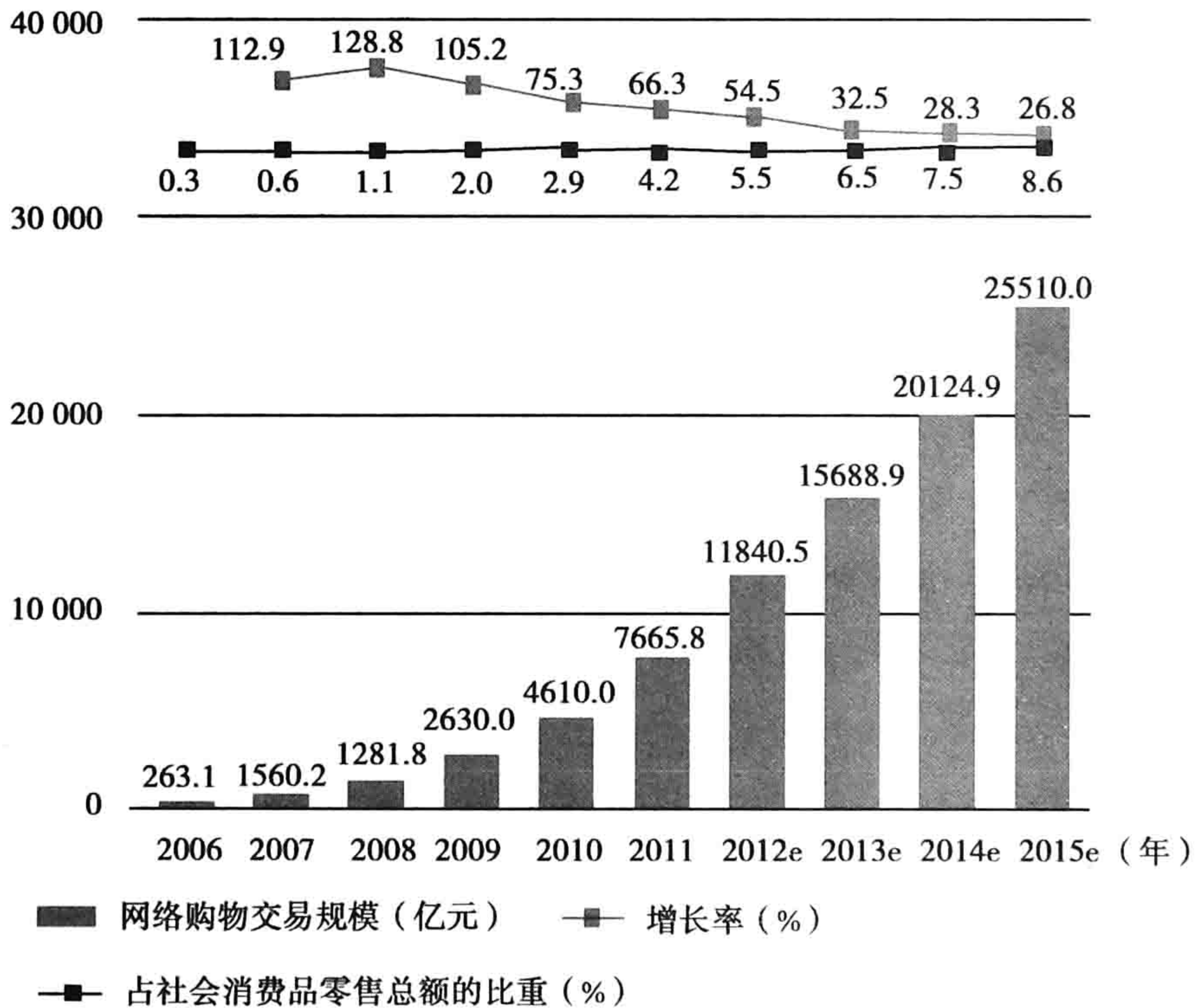


图 1-1 2006 ~ 2015 年中国网络购物市场交易规模

2011年我国网购用户规模为1.87亿人，年增长率为26.4%，在网络用户中渗透率为40.5%（如图1-2所示）。

* 以下数据来自艾瑞咨询：《2011~2012年中国网络广告行业年度监测报告》。

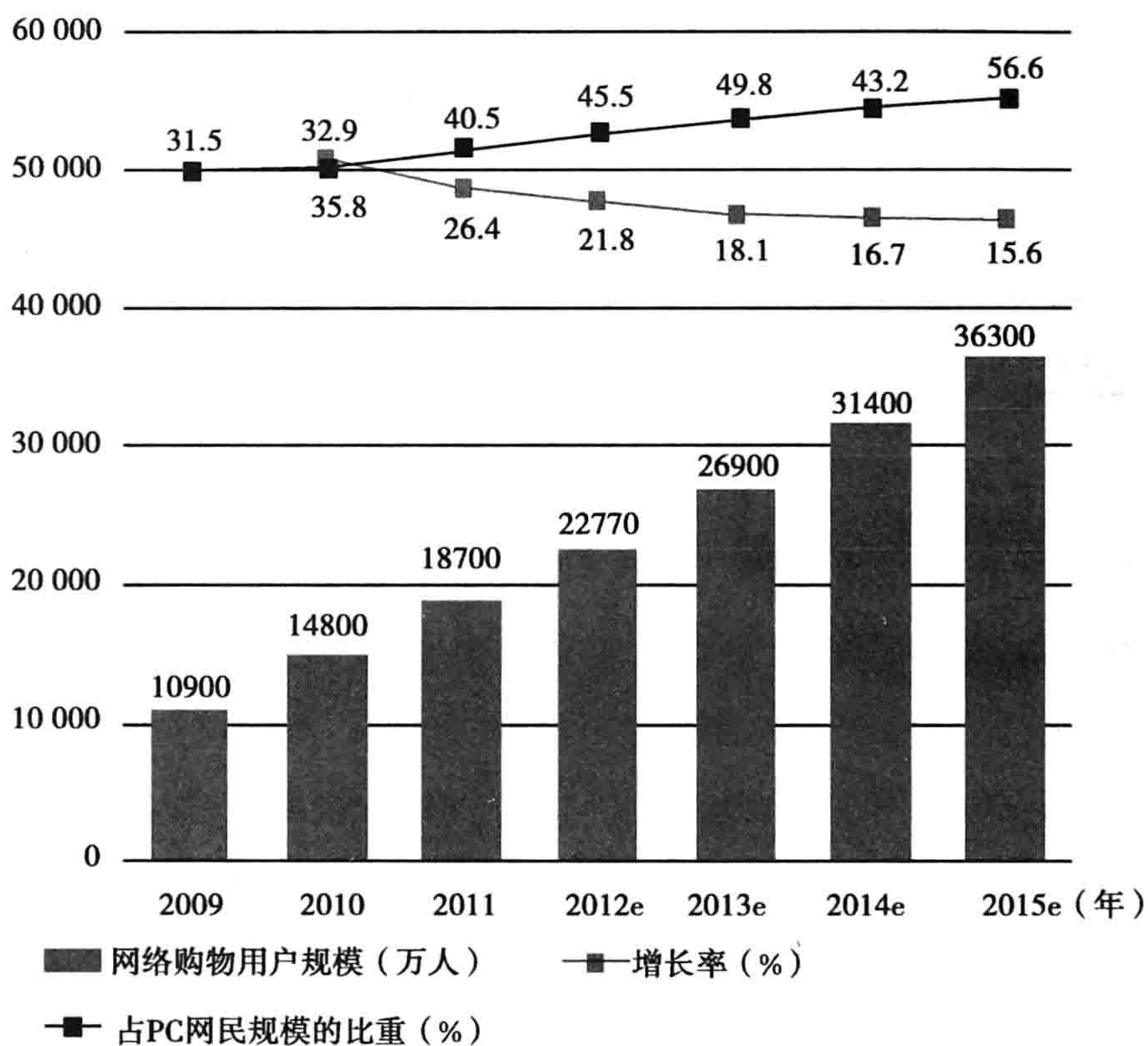


图 1-2 2009 ~ 2015 年中国网络购物市场用户规模

(二) 网络广告行业状况*

2011 年网络广告的规模为 512.9 亿，比报纸广告高出 59.3 亿元，增长率为 57.6%，远远超过其他传统媒体（如图 1-3 所示）。

展示类广告份额逐年减少，搜索类广告增长迅速。2011 年包括品牌图形广告、富媒体广告、视频贴片广告在内的展示类广告总体份额为 46.3%，市场份额继续下降。这主要是由于关键字搜索以及垂直搜索等搜索类广告增长十分迅速，对其他形式网络广告市场份额产生了较大影响。

* 以下数据来自艾瑞咨询：《2011 ~ 2012 年中国网络广告行业年度监测报告》。

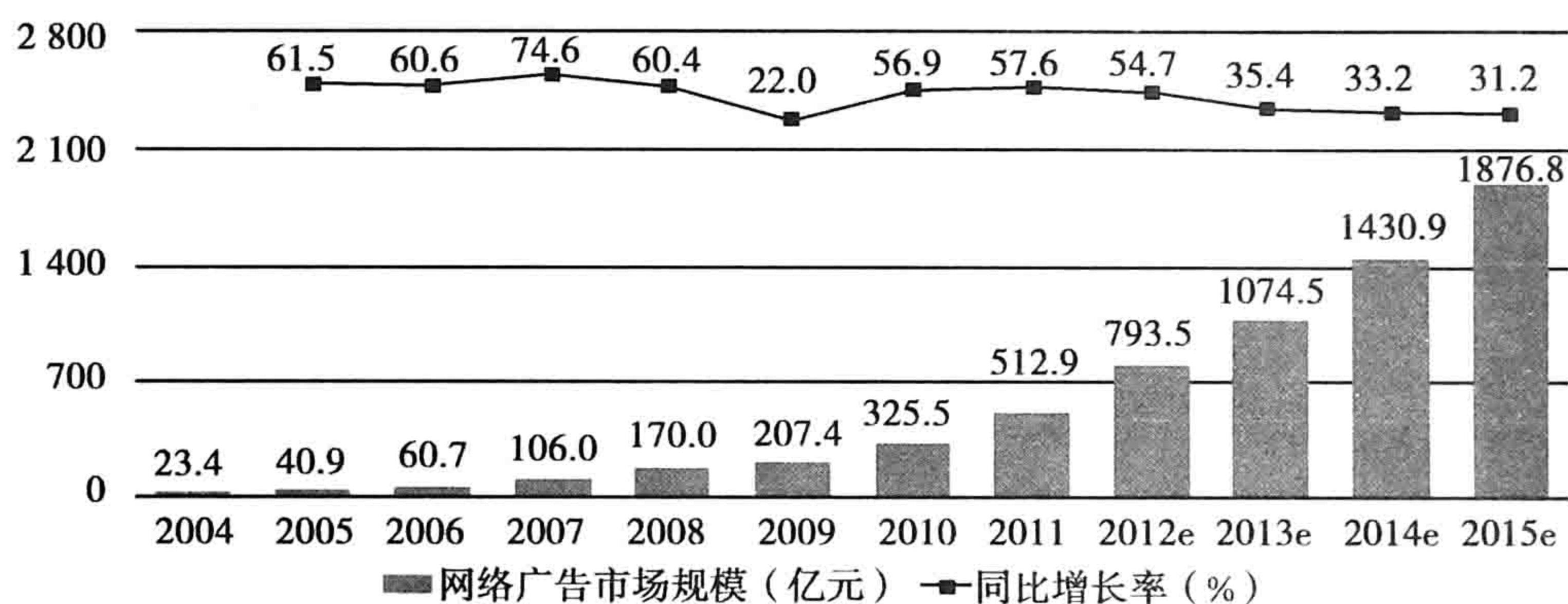


图 1-3 2004 ~ 2015 年中国网络广告市场规模

关键词搜索广告加速增长，未来市场逐渐成熟。由于关键词搜索广告易于投放、门槛低，并且其广告位理论上是没有限制的。2011年关键词搜索广告规模达到 167.0 亿，增长速度从 2010 年的 62.8% 提升到 71.0%，对市场发展起到了很强的带动作用（如图 1-4 所示）。

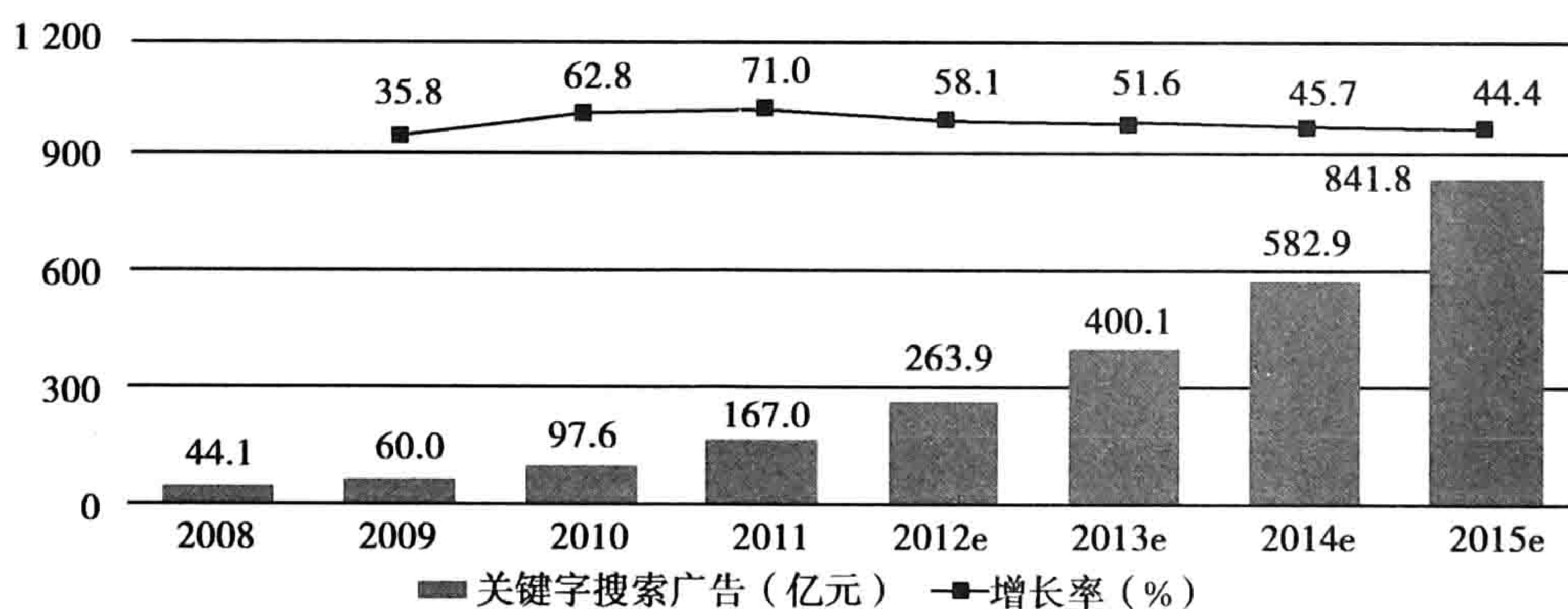


图 1-4 2008 ~ 2015 年中国网络广告市场关键词搜索广告规模

第二节 电子商务中的商标法问题

一、商标在电子商务中的作用

网络购物和网络广告的市场规模印证了随着中国网络的进一步普及，基于 Internet 的电子商务成为人们生活中不可或缺的一部分。随着网络分工的细化，更多具有经济和技术实力的互联网公司成为网络服务提供者，主要为电子商务提供技术服务。毫无疑问，网络服务提供者对电子商务的蓬勃发展起到了重要作用，比如平台商提供的第三方网络交易平台的市场规模占购物网站交易规模的 89%，而搜商提供的关键词搜索广告虽然目前所占比例不是最高，但是其以 71% 的发展速度带动了整个电子商务市场。

根据我国互联网产业的发展现状和前景预测，我们对待网络环境下知识产权保护，特别是电子商务活动中侵犯商标权的行为以及法律责任承担时，应当考虑到网络服务提供者在电子商务发展中的重要地位，既不能为了维护商标权人的利益遏制假冒注册商标的行为，而对网络服务提供者施以严苛的责任；也不能为了促进网络服务提供者对电子商务的推动作用，而放纵侵犯商标权的行为。

从网络购物行业现状来看，其发展势头非常凶猛，但是假冒商标的问题不容小觑，尤其是在 C2C 购物网站中，如果任由假冒商标的问题发展下去，在如此巨大的市场交易规模下将对商标权人的利益造成难以弥补的损害。如果过于苛责购物网站，尤其是平台式购物网站，又将阻碍网络购物行业的发展，不利于保护商标权人销售商品的重要途径。行业的发展需要人们进一步思考如何建立确定平台商责任的规则，在保护知识产权的同时，引导平台商与权利人合作，共同扼制侵犯商标权的行为，维护网购市场的良好秩序。

再从网络广告行业来看，网络广告规模有赶超传统媒体广告的势头，而且其更加依赖对商标的使用。其中关键词推广的发展速度和规模更是惊人，而关键词推广正是搜索引擎的主要收入来源。以百度为例，2011年百度收入为145亿元，其中关键词推广就占80%以上。自2005年首例由关键词推广引发的侵权纠纷案例出现以来，对此种业务模式的合法性争议就一直未有了断，尤其是2008年中央电视台3·15晚会曝光了竞价排名的黑幕后，再次引起消费者的广泛关注。在对待关键词推广引起的侵犯商标权和不正当竞争的法律问题时，既要考虑网络广告的行业发展和搜索引擎公司的生存及发展，也要充分保护商标权人的利益，还要维护广大消费者的合法权益。

基于电子商务的核心要素，电子商务和商标的关系可以归纳为以下两点。

(1) 电子商务的核心是商务，而商标是商务活动中必不可少的要素，商标法的基本原理适用于电子商务中的商标使用与商标侵权行为的认定。首先，商标最主要的功能是标示来源，区分不同的生产者或经营者，电子商务环境下，商务活动虚拟化，商品种类多样化，商标识别商品区分来源的功能更加突显。例如，在网络交易平台，商品数量成千上万，顾客在挑选和购买过程中无法接触到实物，只能依靠商标来区分不同的商品，通过商标来选择需要的商品。其次，商标的广告功能在电子商务环境中发挥了更大的作用。在传统的媒体广告中，比如电视广告、报纸杂志广告等，通过将广告的效果凝聚在商标上，可以使消费者认牌购物。而电子商务环境中，除了弹窗广告、旗帜广告等类似于传统广告的方式，还创造了利用商标来实现商品和服务推荐的关键词推广、元标签等方式，由此将商品或服务呈现在消费者眼前，达到营销的目的。可见，电子商务中商标的功能并没有发生变化，而是得以强化，因此，在商标功能基础上建立的商标使用、混淆可能性、淡化等理论都可以运用于电子商务环境。

(2) 电子商务的手段是电子化, 这将改变商标使用的方式, 产生侵犯商标权行为的新样态, 从而影响侵犯商标权法律责任的承担。在传统商务活动中, 商标的使用方式一般是直接与商品或服务结合起来, 发挥区分来源的功能。但是电子商务中, 有些商标的使用方式, 如作为竞价排名的关键词、作为元标签埋置在网页代码中等, 标记并没有和商品或服务产生直接关联, 这种对商标标记的使用是否属于商标法意义上的使用是不明确的。再如, 电子化的手段会影响侵权方式, 如将商标作为关键词触发的竞价排名, 由于商标并不显示在标题或描述中, 这种使用是否会导致消费者产生混淆进而构成侵犯商标权, 如果构成侵犯商标权, 那么提供技术服务的搜商是否也要承担责任。这些都是电子商务带给商标法的新问题。因此, 面临电子化给商务活动带来的变化, 如何认定电子形式的商标使用、侵犯商标权, 解决网络环境下的商标权保护是本课题需要研究的问题。

二、电子商务中商标使用和商标侵权的类型

电子商务活动中的商标使用有些是传统的商标使用延伸至网络环境, 如仿冒名牌、用他人注册商标进行广告宣传。而有些是网络上特有的商标使用和商标侵权, 如关键词推广(竞价排名)、元标签。在电子商务中, 商业活动越丰富, 商标标识的使用形式也越花样翻新。电子商务中的商标使用和商标侵权行为主要分为以下两类。

(一) 传统商标使用和商标侵权行为在网络上的延伸

(1) 借助他人注册商标进行互联网广告宣传。采取的方式是旗帜广告和弹窗广告。旗帜广告和弹窗广告是最为传统的互联网广告。旗帜广告(banner ad)类似于旗帜散布于网页上, 可能是静态的图片, 也可能是动态的动画, 而其内容一般是提示性的, 以商标和吸引人的图片或宣传语为组合, 目的是吸引消费者点击旗帜广告, 进入被链接的网站浏览并进行交易。弹窗广告(pop-ups)是指在连

接网络时自动弹出的广告窗口，可能是由当前浏览的网站触发的，也可能是某些软件触发的，其性质和旗帜广告相同，都是以提示性内容吸引消费者到被链接网站。如果作为旗帜广告和弹窗广告内容的商标标识是未经商标权人许可而擅自使用的，而被链接的网站是广告主或其他经营者销售相同或类似商品或服务的，那么是否会引发侵犯注册商标专用权？这很值得探讨。具体而言，在旗帜广告和弹窗广告等展示性使用方式中，需要分析将商标作为链接的标志是否构成商标性使用、消费者是否发生混淆以及混淆发生的时间，才能确定是否构成商标侵权及法律责任承担。

(2) 在网络交易中假冒注册商标，尤其是假冒知名品牌。典型的如在网店中销售假冒香奈儿化妆品、LV女包、施华洛士奇装饰品等，卖家将这些商标大幅张贴在网店的装潢中，与其销售的商品相联系。此种使用方式与实体环境中在专卖店里使用他人注册商标作为装潢，以及将商标附着在商品或服务上，标识该商品或服务来源的性质没有什么不同，不难认定为商标使用。但问题在于，提供技术服务的平台商在其服务中使用他人商标是否构成商标性使用，如果平台服务使用商标标识的行为不构成商标性使用，平台商是否应当为卖家的侵权行为承担法律责任，是否可以适用“避风港”予以免责，这些问题需要进一步分析和探讨。

(二) 电子商务中特有的商标使用和商标侵权行为

(1) 元标签使用。元标签是超文本标识语言（HTML）中的一种指令，可以是关键词或其他常用字句，其功能主要是帮助搜索引擎进行网页分析，使检索出来的页面尽可能地与检索者的要求相符，用户在网页上看不到元标签，只有机器能够识别。^① 电子商务网站通

^① 魏森：《商标侵权认定标准研究》，中国社会科学出版社2008年版，第250页。

常会选择相关的商标设为元标签，方便搜索引擎抓取，在消费者输入该商标作为关键词进行搜索时，该网站会出现在搜索结果中，如果恰当地设立关键词的频率，还会提高该网站在搜索结果中的排序。有些网站将他人的商标作为元标签，当消费者以商标作关键词时，这些网站出现在搜索结果中，有的甚至排在商标权人的网站前面，造成消费者误认为是商标权人的网站而点击这些网站。元标签导致的商标纠纷带来了许多值得探讨的问题：第一，元标签是埋置在网站源代码里的，网页上并不显示，消费者看不到，那么，埋置元标签的行为是否构成商标使用？第二，消费者在点击被链接的网站后，知道该网站并非商标权人的网站，此时是否可采用售前混淆理论认定构成消费者混淆？第三，该行为构成的是侵犯商标权的行为，还是不正当竞争行为？

(2) 竞价排名。竞价排名又称关键词推广，是搜索引擎的主要盈利模式——付费搜索。搜商将关键词出售给客户，当消费者在搜索框中输入相关搜索词，从而触发关键词推广，在付费搜索结果中呈现客户提交的标题、描述和链接地址，根据客户出价和关键词推广的质量决定搜索结果的排序。有些客户用竞争对手的商标购买关键词推广，用来争取潜在消费者。竞价排名引起的商标问题较为复杂：第一，客户购买关键词的行为是否构成对商标的使用？第二，搜商出售关键词的行为是否构成对商标的使用？第三，作为关键词的商标并未出现在关键词推广中，是否会造成消费者混淆，是否应当适用售前混淆理论？第四，搜商是否是广告发布者，其应当承担怎样的审查义务，是否可以适用避风港原则？

第二章 商标使用的理论梳理和法律解读

第一节 商标使用的理论

商标使用是一个始终贯穿于商标制度的基本概念，商标法律制度的核心问题，商标法领域几乎所有问题都与商标的使用相关。而当商标使用的环境向互联网电子商务这一无形市场延伸时，由于使用场所的变化，商标的使用就呈现出新的特点，从而给商标法律的适用带来了困惑和挑战。在网络环境中如何规范商标的使用、如何认定商标侵权行为以及如何认定和分配侵犯商标权行为的法律责任，这些不仅是电子商务产业亟待回答、司法实务积极探索的问题，也是商标理论所关切的热点问题。网络环境下的商标使用问题，归根结底还是商标的使用问题，虽然由于网络与传统的有形市场不同而使得两种环境下的商标使用面临一些不同的问题，但商标的使用在本质上是相同的。因此，在研究网络环境下的商标使用之前，我们有必要对商标使用的意义和现有法律制度对商标使用的倚重进行一定的梳理，从而为后文对网络环境下商标使用的分析提供一定的基础。

一、商标使用的意义

商标使用是现有商标法律制度中最基本最重要的概念之一，也是商标理论中“隐形”的基本范畴，其所具有的重要地位可以从商标权所保护的商誉的形成、商标功能的实现和商标权的保护三个方面