

网上搜索引擎商标侵权探析 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E7_BD_91_E4_B8_8A_E6_90_9C_E7_c122_484941.htm 一段时间以来，人们对网上商标侵权的认识往往限于域名，其实，网上商标侵权并不局限于域名之争，而包括了非域名式商标侵权，如搜索引擎商标侵权，然而我们却一直忽视了这个问题。而当“域名”为越来越多的人所熟知的同时，对网上非域名式商标侵权的探讨便是再现实不过的了。与域名式商标侵权相比，搜索引擎商标侵权具有更高的技术性与复杂性和更强的隐蔽性，故对搜索引擎商标侵权加以研究，对于提高司法实践界的应对能力、充分保护商标权人的合法权益，具有重要的意义。从另一方面来说，加强对网上商标侵权的先行性研究，符合网络时代发展和审判活动规律的要求，可以使同类审判活动得以升华和延伸。在入世后，我国应对的知识产权网络纠纷越来越多，在我国现有法律规定不够成熟及无现成先例的情况下，熟悉、借鉴国外有益的实践，为我国的相关司法审判和理论思维服务，则是可行之径。从国际上的有关实践来看，搜索引擎商标侵权是指将他人商标尤其是知名商标用作元标记，以引起消费者（网民）混淆，谋取不正当利益的行为。在因特网上，有很多网络查询站点向广大用户提供有偿或无偿的网络查询服务，这些站点被称为搜索引擎，如sohu、yahoo、exite等。由搜索引擎引起的商标侵权多表现为网主将他人的商标埋置在自己的网页源代码中，虽然用户不能在该网页中直接看到他们的商标，但当用户使用网上搜索引擎查找该他人商标时，该网页就会位居搜索的网页前面

，因此具有非常高的隐蔽性，也被称为隐形商标侵权。搜索引擎多提供两种风格的网上查找方式：列表式目录链接和关键词查询。按照前种方式查询通常费时费力，或者阅读全部网页，或者扫描一定数目的网页文本内容；相比之下，依后种方式查询，只要用户键入某个想要查找的关键词后，搜索引擎就会按照网页源代码元标记中的关键词罗列查询结果，速度极快，且又方便。这就使得越来越多的网页设计者将其设进自己的网页中。而元标记（metatag）本身是超文本标记语言的一种软件参数，原本就是用来描述网站及其有关内容的。但网上关键词查询的功能使得其应用越来越广泛，就难免招致商标侵权之虞了。从理论上来说，一个网主的网页广告收入、网上销售收入是与访问其网页的用户数成正比的。网主为了提高广告、销售收入，扩大自己的影响，便充分利用网络技术的优势来创造机会，网上搜索引擎顺理成章地成为首选因素之一。为了吸引用户，网主便尽可能地设置响亮而又知名的关键词来招徕用户，因此，知名商标常常成为侵权的首选目标。当用户一查询这些关键词时就被搜索引擎指引到了该网页，尽管该网页的内容甚至与这些关键词无关。从权利人方面来说，商标尤其是知名商标的权利人喜欢将自己的商标设置为关键词，当用户通过搜索引擎查找其商标时，能及时便捷地找到。这就使得关键词与商标间产生了某种关联，具有某种识别、联系功能。从非权利人方面来说，使用他人商标尤其是知名商标用作元标记，目的正是引起公众混淆，凭借知名商标的高度影响及元标记在实践中产生的识别、联系功能来谋取不正当利益。这显然损害了商标权人的合法权益，也损害了消费者的利益。在一个美国案例中，隐

形商标侵权引起了广泛的关注。被告为了利用原告“花花公子”企业的声誉，不仅在其域名和网页上使用原告的注册商标“PLAYBOY”、“PLAYMATE”，且在其网页源代码关键词中多次重复PLAYBOY，因此虽然原告也在其网页关键词中设置了商标PLAYBOY，但是当用户以PLAYBOY为关键词通过搜索引擎查询原告时，被告的网页总是列在原告网页之前。为此，原告指责被告的行为侵犯了其商标权，构成虚假商品来源、不正当竞争、商标淡化等。法院审理后认为被告在其网页的源代码中反复使用原告商标，致使本来打算通过查询该商标访问原告网页的用户转向访问了被告网页，这一行为构成商标侵权、不正当竞争（包括虚假的商品来源和虚假陈述），故发出禁令禁止被告在其主页或分页的元标记的设置代码中或在数据信息的查询过程中，以任何方式使用原告商标。这一判决曾在美国司法界引起极大反响，有人甚至认为隐形商标侵权纠纷已经在商标法上得到了彻底的解决。但实际上，这一案例判决的司法先例性仍有探讨的余地，因为该案是与域名纠纷混合在一起的，很难说清楚主要是域名侵权还是元标记侵权导致了被告的败诉。在西班牙，法院最近对一个有关搜索引擎的诉讼作出了判决，使两公司间持续了3年多的讼争得以息结。原告是一个名为Adernet的西班牙公司，开发出了一种叫作Ozu的搜索引擎，意图在一个以英语为主导的市场上为西班牙语因特网用户提供搜索工具，并将它设在网页上，可通过域名“advernet.es”访问到，后又在美国Admazing Inc公司获得了域名ouz.com。不久后，原告在西班牙专利商标局为其搜索引擎注册了域名Ozu。被告是公司的一名股东、原告的商业伙伴及其搜索引擎的程序设计师，

他迅速改变了搜索引擎的代码，获得了对它的控制，并注册域名ozu.com。原告迫不得已设计出了新的名为ozu.es的搜索引擎，造成了网上两个同名搜索引擎共存的局面。为此，原告以商标侵权和商标淡化为由提起诉讼，要求被告停止商标侵权行为对域名ozu.com和ozucom.es的使用，并要求赔偿。而被告也提起相应的反诉。法院认为，“商标，作为公司商战领域的显著标记及消费者保护的基本工具，可以说是当今世界重要的无形财产之一，因此，商标保护只能授予那些与引起消费者产生混淆的标志的使用者面对面地证明其所有权的个人或公司，ozu在双方共同使用的情况下，只为原告的利益而注册。”最后，法院下达禁止令，要求被告停止商标侵权，禁止使用ozu.com和ozucom.es，并判决未来确定之赔偿。

在Instituform Technologies Inc V. Nayional Envirotech Group L.L.C一案中，被告将原告的注册商标埋置在其网页的关键词中，只要用户以原告商标为主题通过搜索引擎访问原告的有关信息，都被指引到了被告的网页，并且，被告还在其网页上载有从原告推销材料中获得的图形和文字，引起访问用户进一步误信被告与原告有某种关联。原告由此诉诸法院，要求法院发出禁止令，命令被告在其网页的超文本标记代码的关键词部分删除原告的注册商标，永远禁止被告商标埋置，并要求被告在其网页中取消从原告推销材料中获得的照片、有关文字说明等。最后，争议双方达成和解，被告同意法院下达上述内容的禁止令。此案是美国第一例由网上搜索引擎独立引起的商标侵权案，它明确表明了将他人商标埋置在自己的网页源代码中侵犯了他人的商标权。在该案中，被告进而将商标所有权人的有关信息载进自己的网页中，由此引起

用户进一步产生混淆，这可以作为处理网上隐形商标侵权的事实情节，即被告引起了用户产生混淆的证据，而原告无需更多地证明产生混淆的可能性存在与否。在一个新近的德国案例中，审理法院指出把竞争对手的商标以元标记形式使用很可能会构成商标侵权。此案原告为一贸易商，被告把原告商标的一部分用作元标记埋在其网址里，原告诉称被告的这种行为引起了因特网用户的混淆，构成了商标侵权，要求法院下禁令禁止被告继续使用此种元标记。在法院判决前，被告自愿撤移了其元标记，但法院指出被告的行为已很可能使因特网用户产生了混淆，即他们误信是在访问原告的网页或与其相关的网页。该院还意味深长地指出，即使原告商标侵权之诉败诉，仍可能依德国反不正当竞争法（VWC）胜诉。可见，不管是将别人商标的部分或全部放入自己网页的元标记中，都有可能构成商标侵权。司法实践中的思考由搜索引擎引起的网上商标侵权较之其他形式的网上商标侵权具有很大的隐蔽性，故在司法实践中对侵权的认定尤为困难。笔者认为，从侵权形式入手，是处理网络商标侵权的捷径。通过分析前述四个案例，以及充分考虑网络技术的复杂性，我们不难发现，搜索引擎商标侵权通常有以下几种形式：一是使用他人商标的全部用作元标记，如美国花花公子一案；二是使用他人商标的部分用作元标记，如前述德国一案；三是使用他人商标的全部或部分用作元标记，并附加使用他人有关的信息资料，包括文字、图片、文图组合等，如Envirotech一案。须注意的是，网络内容有着不同于传统视文内容的易变性与可更改性特点，在实践中，原告要证明被告有上述侵权形式，必须注意网上资料证据的及时收集、提取与保全，否

则便会处于不利地位。如自行收集、提取有困难，可申请人民法院收集、保全，在必要时亦可由专业技术部门对其加以鉴定与提取。在网上搜索引擎商标的侵权认定上，应适用过错推定原则，即只要有被告使用他人商标用作元标记的事实，就推定被告主观上有过错。如适用过错原则，被告很容易利用网络技术的复杂性来抗辩、推拖责任，这不利于保护原告的合法权益，且与Trips协议的规定与精神不符。在适用过错推定原则的前提下，有以下侵权认定参数可作为法官的辅助考量因素：一是被告是否有使用他人商标作为元标记的事实，此为最重要参数；二是他人商标是否为驰名商标；三是是否存在引起消费者混淆的足够理由，包括原告的网页内容、网上访问人次与频率等；四是使用的时间、手段等。在实践中，被告也可能以上述四个参数来为自己抗辩。法官最困难的就是如何认定被告引起了公众混淆，即公众是否有理由相信其所要查询的商标所在网页与其实际访问的商标网页是同一网页，或为有关联的网页。但在这种情况下，要证明用户误信的可能性存在则有相当困难，特别是一些隐形使用他人商标的网主通常并不揭示被查询商标与其网站经营的产品或服务或发布的广告有任何关系。当然，这并不意味着网主就可以逍遥法外、任行网中了。法院可以结合第二、第三及第四点参数来综合认定，如果被使用的他人商标知名度、网上访问人次、访问频率、使用时间、影响等在正值上分值越高，则越有理由认定其已引起消费者混淆，反之则认定的可信度与确定度越低。另外，隐形使用他人商标尤其是驰名商标从事网上商业活动，这一行为本身就构成了一种商标淡化行为，法院可以依据商标法第五十二条第（四）项的规定来

处理，即使网主在网上声明使用商标与其经营活动无关，但其有选择性地隐形使用他人商标加以经营，鲜明地反映出他搭他人商业信誉的便车把用户吸引到自己网页上的意图，而在网上的商业性使用在本质上无异于网外的在商业上使用或在经营中使用。从这些方面出发，就可以综合认定搜索引擎商标侵权。侵权认定以后，法院面对的就是如何确定责任的承担问题。要注意区分网上商标侵权认定原则与侵权责任承担原则的不同，决不能把侵权责任看成是侵权赔偿责任，也不能认为侵权责任承担原则就是侵权认定原则。笔者认为，对于网上搜索引擎商标侵权责任的承担，要区分其侵权的物权之诉与债权之诉加以区别对待，在责任承担方式上，则可以适用我国民事诉讼法规定的停止侵害、赔礼道歉、消除影响。只要被告实施了侵权行为，商标权人不必证明被告实施侵权行为的主观过错，法官也不必考虑被告是否有过错，即可作出停止网上侵权先予执行的裁定或停止侵权、赔礼道歉、消除影响的实体判决；对于债权之诉，应适用过错原则，即被告有过错的才承担损害赔偿之责。至于损害赔偿的原则，应采用足以弥补的最低赔偿原则，即足以弥补权利人因侵权所遭受的损失，在此基础上可根据侵权事实、性质、情节、后果等因素加以平衡，如责令侵权人向权利人支付其必要且合理的诉讼开支，其中可包括适当的律师费、鉴定费等，以防止实践中出现有的知识产权人打赢了官司却输了钱的不合理现象发生。2001年10月27日修正的商标法因应新近出现的问题作出了一些修改，但是没有涉及到网上商标侵权的问题，那么，在司法实践中如何依据商标法作出有关处理呢？笔者认为，根据网络发展的要求，可以将网上搜索引擎商标

侵权列入商标法第五十二条第（五）项的规定之中。商标法第五十二条第（五）项“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”之规定，从立法本意上来说，就是立法机关为便于适应新的情况而作出的灵活性规定。以网上搜索引擎商标侵权本身来看，其亦具备传统形式商标侵权的本质性内容，毫无疑问应在商标法的规制范畴之内。从公共利益角度来看，对网上搜索引擎商标侵权适用商标法第五十二条第（五）项之规定，有利于充分保护消费者权益，维护正常的网络秩序。在实践中，还可能会出现一种与搜索引擎有关但又不同于搜索引擎商标侵权的另类网上商标侵权形式。由于搜索引擎的查询结果具有巨大的广告价值，如果在查询过程中搭上一些广告，则可获取巨大的商业利益。例如，在以PLAYBOY为关键词的查询结果上，搭上自己的广告，则会收到与PLAYBOY一样高的访问率。在如今网络的吸引力要超出其他媒体的发展背景下，更显出这是一种投资少、回报高的获利捷径。于是不少人便尝试在查询结果上搭载广告，最初是自己的广告，后来是收费搭载别人的广告，甚至出租，更甚而出卖关键词由别人彻底经营广告业务。侵权人的此种行为，不正当利用了他人知名商标的高度影响与识别功能，混淆了知名商标与其特定商品或服务的特定联系，误导了公众，亦是一种网上商标侵权行为。对于这种行为，法院可直接参照搜索引擎商标侵权的认定方式处理。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com