

“数字经济背景下服务商标保护边界的合理界定” 研讨会成功举办

随着信息技术和数字经济的迅速发展，催生了以互联网为基础设施和实现载体的新型业态模式，也引发了诸多的前沿法律适用问题。在商标法领域，此类新型业务模式在商标法上的“商标服务类别归位”问题，涉及到数字经济背景下如何合理界定服务商标的保护边界，引发了商标法理论界和实务界的广泛热议。

2022年3月，浙江省企业法律顾问协会数字经济专业委员会组织举办了主题为“数字经济背景下服务商标保护边界的合理界定”的研讨会。本次研讨会邀请了中国人民大学法学院张广良教授、华东政法大学知识产权法学院王艳芳教授、上海交通大学凯原法学院刘维副教授、中国社科院知识产权中心张鹏专职研究员、浙江大学光华法学院魏立舟助理教授等国内知识产权法学专家学者。

与会专家围绕“《商标法》第57条第2项混淆侵权成立的判断标准”、“互联网在线应用场景下的商标性使用的认定标准”、“商品/服务类似性认定的标准和侵权的判定”、“商标无效程序与侵权诉讼程序中‘混淆可能性’测试方式之差异”等四个议题，充分发表意见，提出了许多具有重要研究价值的新思路和新观点。



数字经济背景下服务商标
保护边界的合理界定

一个封闭的测试体系，而是一个动态的开放测试体系。侵权判断不仅需要考虑商标的近似程度以及商品/服务类似程度，而且需要考虑注册商标的显著性和知名度等其他因素，进行综合判断。这意味着，即使某几个因素较强，但是在其他因素较弱的情况下，混淆可能性仍有可能不成立。比如，在商标的近似程度以及商品/服务类似程度相对较高的情况下，如果注册商标的显著性和知名度特别低，在考虑具体使用情况后，仍然有可能不构成侵权。这种理解不仅与美国和欧盟法的实践相契合，亦符合最高院相关司法解释与国家知识产权局相关规定的规范旨趣。

（二）关于反向混淆概念是否具有特殊性

在互联网技术的加持下，完全可能会出现后注册的商标影响力远大于先注册商标的情形，对此是否构成“反向混淆”，与会专家认为，在判断是否构成侵权时，反向混淆与一般意义上的混淆相比不存在特殊之处。因为反向混淆不是我国商标法中的法定概念，而是从美国商标法理论中转借的概念，指在后商标使用人对商标的使用已使之具有较高的知名度，以至于消费者会误认为在前的商标使用人的商品来源于在后商标使用人或认为二者之间存在某种赞助或认可的联系，故反向混淆本质上是一个描述性概念，不具有特殊的规范性意义。

有专家特别强调，在判断反向混淆是否成立时，应就引证商标的知名度和显著性以及被诉侵权标识的知名度因素予以更为审慎的把握。一方面，商标权的保护强度仍应与该商标的显著性、知名度成正比，审慎考量诉请保护商标的显著性与知名度，能避免滥用反向混淆制度导致注册商标权不当扩张。另一方面，反向混淆的概念决定了被诉侵权标识的知名度也是应当被着重考察的。



二、互联网在线应用场景下的商标性使用的认定标准

与会专家一致认为，在互联网语境下谈商标性使用所对应的服务类别时，更应当采用综合判断方法，将经营者服务的提供方式、对象、内容置于互联网应用场景中加以考虑。例如，互联网在线应用场景下，商标的使用载体集中体现为 APP。有专家指出，在手机 APP 中使用商标时，商标指向的对象应当是 APP 的主营业务，而不是 APP 或经营者可能承载的所有业务。对于在“双十一”、“618”等大促时期，启动部分 APP 时会出现特定电商平台闪屏广告的常见情形，若闪屏广告界面中同时出现 APP 的商标和电商平台的商标，此时的 APP 商标指向的就应当是 APP 的主营业务，而非电商平台提供的服务。

还有专家强调，在闪屏广告中出现 APP 的商标，多为在用户点击 APP 后马上弹出的。对用户来说，该处的商标指示的是所打开 APP 的名称，而非该处广告的服务来源。广告的诉求在于让广告在消费者中有更多的曝光度。按照一般的生活习惯，消费者很少会在意这个广告服务是由谁提供的。因此只存在名牌商品的概

念，却不存在所谓“名牌广告”的概念，因为消费者在意的是被广告的产品，而非广告本身。因此，闪屏广告上即使出现该 APP 的标志，消费者也很少会将其作为广告服务的商标去理解，最多只会理解相应的商标指示了该广告的展览位置。



三、商品/服务类似性认定的标准和侵权的判定

在判断服务的类似性问题上，与会专家一致认为需要综合考虑服务的目的、内容、方式和对象等因素。就涉互联网服务的类别归位而言，特别需要关注的是其最为核心、最为本质上的主营业务。

对于第 3501 类项下广告策划服务与广告发布服务，以及与第 3503 类项下的替他人推销服务的区别，有专家认为，广告策划服务内容是应广告投放者的要求，对消费者和市场调研后制作广告方案，直接面向对象是具有更高注意力的商事主体。与之相比，网络直播平台提供的广告发布和替他人推销，系通过网络直播的方式，向消费者展示商品，甚至直接提供购买链接，二者存

在较大区别。

有专家进一步解释，在一个完整的广告环节上，广告策划服务更加前置，服务对象均为有宣传推广需求的商事主体；而基于互联网的广告发布和替他人推销服务更加后置，更接近消费者端。故在互联网经济繁荣发展的当下，判断线上服务和线下服务是否类似时，应当透过现象看互联网服务的本质，从本质上确定服务的属性。如果仅凭线下的广告策划服务商标，即可将互联网直播业务附带的广告业务全部纳入其禁用权范畴，进而限制互联网APP或网页广告业务的开展，不符合商标法的制度意旨。



四、商标无效程序与侵权诉讼程序中“混淆可能性”测试方式之差异

对于行政程序和诉讼程序中客观存在的“混淆可能性”判断差异，有专家认为，无效判断时考察的是注册商标和诉争商标“静态”的对比，但侵权判断时考察的是被控侵权商标“实际使用中”的“动态”的情况。无效判断是比较抽象的判断，而侵权判断必须结合被控侵权商标的具体使用场景进行考量。

还有专家从比较法的角度解读道：以欧盟法院在“O2”案中的相关论述以及美国联邦最高法院大法官金斯伯格在“B&B”案中的附条件赞同意见中可以看出，无论欧盟还是美国对此问题均持类似态度，认为侵权判断与无效判断相比需要考虑具体的使用情况，因此两者结果有差异是完全正常的。



至此，与会专家就以上四个议题进行了充分的研讨，凝结了“混淆侵权成立的分析应采用综合判断、动态系统的方法”、“判断商标性使用指向的服务类别应充分考虑被服务主体的认知及互联网服务的新业态”、“APP 商标指向的服务应为使用者的主营业务”等共识，为数字经济背景下界定服务商标的保护边界的相关疑难问题，提供了有益的解决思路参考。