# 弼兴每月速递|12 月刊

微信公众号：弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海，同时具有专利和商标代理资格，以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色，业务领域主要包括：知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求，谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例，并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系，能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题，为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态，致力于研究实务动向，并且注重分享，我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向，及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求，欢迎与我们联系，我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神，弼助您的事业兴旺成功！

# 目录


- 新规速递 ..... 3

最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定 ..... 3

市场监管总局关于印发《市场监督管理综合行政执法事项指导目录（2022年版）》的通知 ..... 6

全文！关于印发《上海市知识产权专项资金管理办法》的通知 ..... 7

- 典型案例摘要 ..... 13

人民法院反不正当竞争典型案例 ..... 13

人民法院反垄断典型案例 ..... 22

用户上传未获授权的有声书，音频平台构成侵权吗？丨案例参考册 ..... 33

- 实务研究 ..... 43

《商标一般违法判断标准》理解与适用 ..... 43

一文讲清如何审理计算机软件开发合同纠纷 ..... 84


地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188　021-61258088　021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com

## 新规速递

# 最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定

中华人民共和国最高人民法院
The Supreme People's Court of The People's Republic of China

**最高人民法院发布《关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》**

11 月 15 日，最高人民法院发布《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》，自 2023 年 1 月 1 日起施行。

《最高人民法院关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定》已于 2022 年 8 月 16 日由最高人民法院审判委员会第 1872 次会议通过，现予公布，自 2023 年 1 月 1 日起施行。

最高人民法院

2022 年 11 月 14 日

法释〔2022〕18 号

**最高人民法院**

**关于涉外民商事案件管辖若干问题的规定**

（2022 年 8 月 16 日最高人民法院审判委员会第 1872 次会议通过，自 2023 年 1 月 1 日起施行）

为依法保护中外当事人合法权益，便利当事人诉讼，进一步提升涉外民商事审判质效，根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，结合审判实践，制定本规定。

第一条　基层人民法院管辖第一审涉外民商事案件，法律、司法解释另有规定的除外。

第二条　中级人民法院管辖下列第一审涉外民商事案件：

（一）争议标的额大的涉外民商事案件。

北京、天津、上海、江苏、浙江、福建、山东、广东、重庆辖区中级人民法院，管辖诉讼标的额人民币 4000 万元以上（包含本数）的涉外民商事案件；

河北、山西、内蒙古、辽宁、吉林、黑龙江、安徽、江西、河南、湖北、湖南、广西、海南、四川、贵州、云南、西藏、陕西、甘肃、青海、宁夏、新疆辖区中级人民法院，解放军各战区、总直属军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院所辖各中级人民法院，管辖诉讼标的额人民币 2000 万元以上（包含本数）的涉外民商事案件。

（二）案情复杂或者一方当事人人数众多的涉外民商事案件。

（三）其他在本辖区有重大影响的涉外民商事案件。

法律、司法解释对中级人民法院管辖第一审涉外民商事案件另有规定的，依照相关规定办理。

第三条　高级人民法院管辖诉讼标的额人民币 50 亿元以上（包含本数）或者其他在本辖区有重大影响的第一审涉外民商事案件。

第四条　高级人民法院根据本辖区的实际情况，认为确有必要的，经报最高人民法院批准，可以指定一个或数个基层人民法院、中级人民法院分别对本规定第一条、第二条规定的第一审涉外民商事案件实行跨区域集中管辖。

依据前款规定实行跨区域集中管辖的，高级人民法院应及时向社会公布该基层人民法院、中级人民法院相应的管辖区域。

第五条　涉外民商事案件由专门的审判庭或合议庭审理。

第六条　涉外海事海商纠纷案件、涉外知识产权纠纷案件、涉外生态环境损害赔偿纠纷案件以及涉外环境民事公益诉讼案件，不适用本规定。

第七条　涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民商事案件参照适用本规定。

第八条　本规定自 2023 年 1 月 1 日起施行。本规定施行后受理的案件适用本规定。

第九条　本院以前发布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。

来源：最高人民法院官网

链接：https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-379181.html

# 市场监管总局关于印发《市场监督管理综合行政执法事项指导目录（2022 年版）》的通知

国家市场监督管理总局
State Administration for Market Regulation

**市场监管总局关于印发《市场监督管理综合行政执法事项指导目录（2022 年版）》的通知**

国市监稽发〔2022〕99 号

各省、自治区、直辖市人民政府：

根据深化党和国家机构改革有关部署，为贯彻落实《国务院办公厅关于市场监督管理综合行政执法有关事项的通知》（国办函〔2022〕94 号）要求，扎实推进市场监督管理综合行政执法改革，经国务院同意，现将《市场监督管理综合行政执法事项指导目录（2022 年版）》及说明印发给你们，请认真贯彻执行。

附件：1. 市场监督管理综合行政执法事项指导目录（2022 年版）

2. 《市场监督管理综合行政执法事项指导目录（2022 年版）》说明

市场监管总局

2022 年 11 月 14 日

（此件公开发布）

来源：国家市场监督管理总局官网

链接：https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/zfjcj/202211/t20221117_351730.html

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）
电话：021-51797188　021-61258088　021-80522399
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com

# 全文！关于印发《上海市知识产权专项资金管理办法》的通知

## 全文！关于印发《上海市知识产权专项资金管理办法》的通知

各有关单位：

为深入贯彻新发展理念，构建新发展格局，推动知识产权工作高质量发展，上海市知识产权局会同上海市财政局制定了《上海市知识产权专项资金管理办法》，现印发给你们，请遵照执行。

上海市知识产权局　上海市财政局

2022 年 11 月 11 日

### 上海市知识产权专项资金管理办法

第一章　总则

第一条　为深入贯彻新发展理念，推动构建新发展格局，进一步提升本市知识产权创造、运用、保护、管理和服务能力，支撑上海具有全球影响力的科技创新中心建设和经济高质量发展，根据《中华人民共和国专利法》《中华人民共和国商标法》《上海市知识产权保护条例》等法律、法规和相关政策要求，结合本市实际，制定本办法。

第二条　本办法所称知识产权专项资金是指由市级公共财政预算安排的对知识产权领域鼓励创造、促进运用、加强保护和提升服务的项目支出。

第三条　专项资金扶持对象是指符合规定条件的申请人，包括注册或登记在本市的企业、事业单位和社会组织等。

第四条　专项资金使用遵循“突出重点、公开透明、科学管理、总量控制”的原则，发挥财政资金的引导和带动作用。主要聚焦国家和本市重点产业，用于支持市场主体提升知识产权创造、运用、保护和服务能力。

第五条　凡是按照有关规定已从市级财政或区级财政获得相同或类似资助的，不得重复申请。

第六条　市知识产权主管部门负责专项资金预算编制和执行，对资金支出进度、绩效、安全性和规范性等负责；负责项目的受理、审核、组织评审、合同管理和公示公开等；负责对专项资金执行情况和绩效进行日常跟踪监管。

市财政部门负责专项资金的预算管理和资金拨付，并对专项资金使用情况进行监督检查。

第二章　扶持内容与标准

第七条　支持知识产权创造，扶持项目和金额如下：

（一）对通过 PCT 途径且经过有关专利审查机构实审获得国外授权的发明专利一次性资助 50%为获得专利授权而缴纳给有关专利管理部门的注册费、审查费等官方费用，每件不超过 2 万元。

（二）集成电路布图设计登记，每件一次性资助不超过 2500 元。

第八条　开展知识产权试点示范项目，扶持项目和金额如下：

（一）支持本市企事业单位创建专利工作试点和示范单位。对经市知识产权主管部门认定的试点和示范单位给予资金资助，金额分别不超过 40 万元和 60 万元。对国家知识产权主管部门新认定的国家知识产权优势和示范企业，分别给予一次性不超过 10 万元和 20 万元的资金资助。

（二）支持创建知识产权强市建设试点和示范园区。对经市知识产权主管部门认定的上海市知识产权强市建设试点和示范园区给予资金支持，金额分别不超

过 15 万元和 20 万元。对国家知识产权主管部门新认定的国家级知识产权强国建设试点和示范园区，分别给予一次性不超过 30 万元和 40 万元的资金资助。

（三）支持知识产权保护示范建设。对经国家知识产权主管部门批准创建和新认定的地理标志产品保护示范区，分别给予不超过 20 万元和 80 万元资金资助。对经国家知识产权主管部门新认定的知识产权保护规范化市场和培育市场，分别给予不超过 30 万元和 10 万元资金资助。

第九条　开展高价值专利培育项目，扶持项目和金额如下：

对经市知识产权主管部门评定的高价值专利升级培育项目，给予一次性不超过 50 万元的资金支持。对经市知识产权主管部门评定的高价值专利培育中心项目，给予一次性不超过 80 万元的资金资助。

第十条　支持中小企业开展知识产权集中托管，扶持项目和金额如下：

对组织 50 家以上中小企业实施知识产权集中托管的园区，经评定合格的给予资金资助，金额每项不超过 40 万元。

第十一条　支持本市企事业单位实施专利导航工程，扶持项目和金额如下：

支持在重点产业中开展专利导航，对经市知识产权主管部门认定的专利导航项目和知识产权分析评议项目给予实际支出成本 50%资金资助，金额每项不超过 30 万元。

第十二条　支持获得知识产权奖项的项目，扶持项目和金额如下：

对获得上海知识产权创新奖（专利一等奖）项目每项奖励 30 万元，上海知识产权创新奖（专利二等奖）项目每项奖励 20 万元，上海知识产权创新奖（专利三等奖）项目每项奖励 10 万元。

第十三条　支持知识产权维权保护示范案例，扶持项目和金额如下：

（一）对经国家知识产权主管部门认定的中国驰名商标和经市知识产权主管部门纳入《上海市重点商标保护名录》商标的国内维权保护项目，维权成功后经评定分别给予一次性不超过 50 万元和 20 万元资金资助。

（二）对本市战略性新兴产业和先导产业高价值专利的国内维权保护项目，维权成功后经评定给予一次性不超过 20 万元资金资助。

（三）对本市企业开展知识产权海外维权和侵权纠纷应对的海外维权保护项目，维权成功后经评定给予一次性不超过 20 万元资金资助。

第十四条　支持知识产权多元纠纷解决体系建设，扶持项目和金额如下：

（一）对经市知识产权主管部门批复同意设立的知识产权维权援助工作站给予不超过 10 万元的资金资助。

（二）对本市知识产权纠纷专业调解组织、行业调解组织、律师调解组织等开展公益性纠纷调解工作，经评定给予不超过 5 万元的资金资助。

第十五条　支持知识产权信息公共服务机构建设，扶持项目和金额如下：

对经国家知识产权主管部门新认定的技术与创新支持中心（TISC）、高校国家知识产权信息服务中心，给予每家一次性不超过 25 万元资金资助。对经国家知识产权主管部门新备案的国家级知识产权信息公共服务网点，给予每家一次性不超过 20 万元资金资助。对经市知识产权主管部门新认定的市级知识产权信息公共服务网点，给予每家一次性不超过 15 万元资金资助。

第三章　组织管理与监督

第十六条　知识产权专项资金纳入市知识产权主管部门的部门预算管理，每年按照项目申报计划和申报情况编制年度预算。专项资金必须专款专用，接受有关部门的专项审计，确保扶持项目规范、安全和有效运行。

第十七条　市知识产权主管部门、市财政部门按照全面实施预算绩效管理有关要求，对知识产权专项资金开展绩效目标编制、绩效跟踪、绩效评价等工作。

第十八条　市知识产权主管部门应当依法公开专项资金使用情况，涉及国家安全和秘密、商业秘密和其他不宜公开的情况除外。

第十九条　知识产权创造资助项目以及其它核准制资助和奖励项目的受理、审核及资金拨付应当遵循以下程序：

（一）市知识产权主管部门按指南发布申请通知和受理项目申请。

（二）市知识产权主管部门对申请材料进行受理和初审，对于申请材料不完善的，限期给予补正；未按要求补正材料或补正材料未通过审核的，不予资助或奖励。

（三）审核过程中发现申请人可能存在非正常专利申请、恶意抢注和囤积商标行为情形时，可暂停资助审批，展开调查程序。

（四）经审核符合条件的，市知识产权主管部门应向社会公示，公示时间不少于 7 个工作日。

（五）公示无异议或异议不成立的，市知识产权主管部门报市财政部门办理专项资金拨付。

第二十条　评审制知识产权资助项目受理、评审、管理、资金拨付，应当遵循以下程序：

（一）市知识产权主管部门根据当年知识产权工作目标发布年度项目申请指南（通知），明确具体申报要求。

（二）市知识产权主管部门对申请材料进行受理和初审，对于申请材料不完善的，限期给予补正；未按要求补正材料或补正材料未通过审核的，不予参加评审。

（三）审核过程中发现申请人可能存在非正常专利申请、恶意抢注和囤积商标行为情形时，可暂停项目受理，展开调查程序。

（四）申请项目经初审通过后，市知识产权主管部门从知识产权专家库中抽选专家对申请项目进行统一评审，并可根据需要进行现场答辩或开展实地考察评价。

（五）市知识产权主管部门根据专家组评审意见，提出专项资金资助方案，并向社会公示，公示时间不少于 7 个工作日。

（六）公示无异议或异议不成立的，市知识产权主管部门报市财政部门办理专项资金拨付。

第二十一条　上海市专利工作试点示范单位和知识产权试点示范园区资助项目应当实行合同制管理。合同明确项目任务、验收要求、完成时限、绩效目标等内容。市知识产权主管部门应当对项目开展验收评审，对验收不合格的，由知识产权主管部门按合同要求督促项目承担单位限期整改，整改后仍不符合合同验收要求的，将按照约定追究其责任。项目承担单位应按要求完成相关合同任务，

并配合市知识产权主管部门、财政部门、审计部门和受委托的第三方审计机构等完成相关项目绩效自评、统计、监督、检查、审计工作及参加培训会议等活动。

第二十二条　申请人应对提交的申请材料真实性、合法性、有效性负责。在申请过程中利用虚假材料或其他不正当行为骗取、挤占、挪用、虚列、套取等违反规定使用专项资金的，限期收回已拨付的资金，取消五年内申请知识产权专项资金的资格，同时将其不良记录记入上海市公共信用信息服务平台，并按照《中华人民共和国预算法》及其实施条例、《财政违法行为处罚处分条例》等法律法规依法追究申请人的法律责任，涉嫌犯罪的，移送监察、司法机关处理。

第二十三条　受委托的单位在承担相关项目过程中，弄虚作假或与申请人串通作弊的，将其不良记录记入上海市公共信用信息服务平台，并依法追究该单位的法律责任。

第二十四条　相关工作人员在项目管理工作中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的，按照有关规定追究责任。

评审专家违反有关规定、职业道德等，在评审、验收工作中滥用职权、徇私舞弊的，按照有关规定追究责任。

第四章　附则

第二十五条　本办法由市知识产权主管部门会同市财政部门负责解释。

第二十六条　本办法自发布之日起施行，有效期至 2024 年 12 月 31 日。

《上海市专利资助办法》（沪知局规〔2018〕1 号）、《上海市集成电路布图设计登记资助管理办法》（沪知局规〔2020〕1 号）同时废止。

来源：上海市知识产权局官网

链接：https://sipa.sh.gov.cn/xxgkml/20221114/214cee5f5cc4455b93273743abc17693.html

# 典型案例摘要

## 人民法院反不正当竞争典型案例

中华人民共和国最高人民法院
The Supreme People's Court of The People's Republic of China

1.“陪伴式”直播不正当竞争纠纷案【北京市东城区人民法院（2016）京 0101 民初 22016 号】——涉直播不正当竞争行为的认定

2.“不粘锅”商业诋毁纠纷案【浙江省高级人民法院（2021）浙民终 250 号】——商业诋毁行为的认定

3. “喜剧之王”不正当竞争纠纷案【广州知识产权法院（2020）粤 73 民终 2289 号】——作品名称权益的保护

4. “App 唤醒策略”不正当竞争纠纷案【上海市浦东新区人民法院（2020）沪 0115 民初 87715 号】——网络不正当竞争行为的认定

5.“微信抽奖”有奖销售行政处罚案【江苏省苏州市吴江区人民法院（2021）苏 0509 行初 44 号】——违法有奖销售行为的认定

6. “刷单炒信”不正当竞争纠纷案【四川省成都市中级人民法院（2021）川 01 民初 913 号】——“刷单炒信”行为的认定

7. “张百年”仿冒混淆纠纷案【最高人民法院（2022）最高法民再 4 号】——仿冒混淆行为的认定

8. 工程图片虚假宣传纠纷案【最高人民法院（2022）最高法民再 1 号】——虚假宣传行为的认定

9. “胍基乙酸”侵害技术秘密纠纷案【最高人民法院（2020）最高法知民终 621 号】——被许可人保密义务的认定

10.“芯片量产测试系统”侵害技术秘密行为保全措施案【最高人民法院（2020）最高法知民终 1646 号】——侵害技术秘密案件中行为保全措施的适用

### 1. “陪伴式”直播不正当竞争纠纷案——涉直播不正当竞争行为的认定

**【案号】**北京市东城区人民法院（2016）京 0101 民初 22016 号〔央视国际网络有限公司诉新传在线（北京）信息技术有限公司、盛力世家（上海）体育文化发展有限公司不正当竞争纠纷案〕

**【基本案情】**经国际奥委会和中央电视台授权，央视公司在中国境内享有通过信息网络提供中央电视台制作、播出的第 31 届里约奥运会电视节目实时转播、延时转播、点播服务的专有权利。里约奥运会期间，央视公司发现新传在线公司、盛力世家公司未经许可，将“正在视频直播奥运会”等作为百度推广的关键词，吸引用户访问其网站并下载“直播 TV 浏览器”，可直接观看央视公司直播的奥运赛事。此外，两公司还在网站设置“奥运主播招募”栏目，鼓励用户充值打赏支持主播直播奥运会，吸引用户下载“直播 TV 浏览器”，引导用户进入专门直播间后，以“嵌套”的方式呈现央视公司转播奥运会节目的内容，向用户提供主播陪伴式奥运赛事“直播”，并借此牟利。央视公司以新传在线公司、盛力世家公司的上述行为构成不正当竞争为由提起诉讼，请求两公司赔偿经济损失 500 万元。北京市东城区人民法院一审认为，两公司作为专业的体育赛事直播平台经营者，以“搭便车”为目的，通过实施被诉侵权行为获取不当的商业利益与竞争优势，构成不正当竞争，遂判决全额支持央视公司的诉讼请求。新传在线公司、盛力世家公司不服一审判决提起上诉，北京知识产权法院二审判决驳回上诉、维持原判。

**【典型意义】**本案是规范网络直播平台不正当竞争行为的典型案例。人民法院坚持保护合法权益与激励创新并重的原则，为经营者划定行为界限，为直播行业等网络新业态、新模式的发展提供行为指引，彰显了人民法院加大奥运知识产权司法保护力度、营造法治化营商环境的鲜明态度。

### 2. “不粘锅”商业诋毁纠纷案——商业诋毁行为的认定

**【案号】**浙江省高级人民法院（2021）浙民终 250 号〔浙江苏泊尔股份有限公司诉浙江巴赫厨具有限公司、浙江中康厨具有限公司商业诋毁纠纷案〕

**【基本案情】**苏泊尔公司认为，巴赫公司在多个媒体平台通过主持微博话题讨论、召开新闻发布会等形式明示或暗示苏泊尔公司生产、销售的“X 晶盾不锈

钢炒锅”侵害其“蜂窝不粘锅”专利权，损害苏泊尔公司的商业信誉，构成商业诋毁。中康公司与巴赫公司在人员、业务、财务等方面交叉混同，应对被诉行为承担连带责任。苏泊尔公司遂诉至法院，请求判令巴赫公司、中康公司停止侵害、消除影响、赔偿经济损失及合理费用。一审法院认为，巴赫公司将未定论的状态作为已定论的事实进行宣传散布，宣称苏泊尔公司模仿其专利，超出了正当维权的范畴，构成商业诋毁。遂判令巴赫公司停止侵害、消除影响并赔偿苏泊尔公司经济损失及合理支出共 300 万元。苏泊尔公司与巴赫公司均不服，提起上诉。浙江省高级人民法院二审判决维持关于判令巴赫公司消除影响、赔偿损失的判项，并加判巴赫公司立即停止传播、编造虚假信息或误导性信息的行为（立即删除相应平台发布的内容）。二审判决生效后，巴赫公司推诿执行、消极执行，人民法院对其处以 30 万元的罚款。

**【典型意义】**本案是规制经营者实施商业诋毁行为的典型案例。涉案商业诋毁行为的传播渠道既包括传统媒体，也包括微博、直播等网络途径。本案从裁判内容到判决执行乃至采取司法处罚等各环节，充分体现了人民法院依法严厉制裁商业诋毁行为、维护公平竞争市场秩序的司法导向。

### 3. “喜剧之王”不正当竞争纠纷案——作品名称权益的保护

**【案号】**广州知识产权法院（2020）粤 73 民终 2289 号〔星辉海外有限公司诉广州正凯文化传播有限公司、李力持不正当竞争纠纷案〕

**【基本案情】**星辉公司是电影《喜剧之王》的出品公司及版权持有人，该片导演为周星驰、李力持。《喜剧之王》于 1999 年 2 月至 3 月期间在香港上映，票房位列 1999 年最卖座香港影片榜首。2018 年 3-4 月，李力持、正凯公司分别在新浪微博账号“李力持导演”“正凯影视”发布多条宣传被诉侵权电视剧《喜剧之王 2018》及演员海选试镜会的微博。李力持还发表微博称“香港导演李力持自 1999 年拍摄电影《喜剧之王》后，意犹未尽，……周星驰御用导演李力持喊你来试镜啦！”星辉公司以正凯公司和李力持实施的上述行为构成仿冒混淆及虚假宣传等不正当竞争行为为由，提起本案诉讼。广东省广州市天河区人民法院一审认为，电影《喜剧之王》及其名称在我国内地具有较高知名度，构成有一定影响的商品名称。正凯公司、李力持未经许可使用“喜剧之王”，构成擅自使用有

一定影响的商品名称及虚假宣传的不正当竞争行为，应当承担停止侵害并赔偿经济损失的民事责任。正凯公司与李力持不服一审判决，提起上诉。广州知识产权法院二审判决，驳回上诉，维持原判。

**【典型意义】**本案是制止仿冒混淆及虚假宣传行为的典型案例。人民法院在审查判断涉案电影作品名称知名度的过程中，不仅全面审查了其在香港影院上映期间的票房收入、宣传力度的相关证据，还充分考虑了涉案电影从院线下架后的线上播放量、光盘销售量，相关媒体对于电影持续报道、推介程度等因素，有力制止了电影市场竞争中的“搭便车”行为。本案是人民法院为深入推进粤港澳大湾区建设提供有力司法服务和保障的生动实践。

### 4. “App 唤醒策略”不正当竞争纠纷案——网络不正当竞争行为的认定

**【案号】**上海市浦东新区人民法院（2020）沪 0115 民初 87715 号〔支付宝（中国）网络技术有限公司诉江苏斑马软件技术有限公司不正当竞争纠纷案〕

**【基本案情】**支付宝公司系“支付宝”App 支付功能的运营主体。经许可，支付宝公司在经营活动中使用“alipay”注册商标，并以 www.alipay.com 作为其官方网站的网址。斑马公司系“家政加”App 的运营主体。支付宝公司认为，斑马公司无正当理由，在其开发、运营的“家政加”App 中设置与“支付宝”App 一致的链接，导致用户选择通过“支付宝”App 进行付款结算时将被跳转至“家政加”App，该不正当竞争行为损害了支付宝公司的经济利益及商业信誉。支付宝公司遂诉至法院，请求判令斑马公司消除影响并赔偿经济损失及合理费用。上海市浦东新区人民法院认定斑马公司实施的上述行为构成不正当竞争，判令其承担消除影响及赔偿经济损失与合理支出共计 48 万余元的民事责任。斑马公司提起上诉后又撤回上诉，一审判决即生效。

**【典型意义】**本案是规范互联网不正当竞争行为的典型案例。秉持对经营者利益、消费者利益及社会公共利益应当予以一体保护的精神，依法认定涉案被诉行为构成不正当竞争，有力制止了非法干扰他人软件运行的互联网不正当竞争行为，促进了科技金融服务市场电子收付领域的效率与安全。

### 5. “微信抽奖”有奖销售行政处罚案——违法有奖销售行为的认定

**【案号】**江苏省苏州市吴江区人民法院（2021）苏 0509 行初 44 号〔苏州优幼文化传播有限公司诉苏州市吴江区市场监督管理局行政处罚案〕

**【基本案情】**优幼公司在微信公众号“趣游亲子游泳俱乐部”举办抽奖活动，参与者需要填写个人信息，如转发朋友圈邀请他人报名还可获得额外抽奖机会。王某夫妻抽中终极大奖，但领奖后发现奖品实物与公众号发布的图片不一致，且差距较大，故向江苏省苏州市吴江区市场监管局举报。该局调查后认定，优幼公司兑奖宣传页面未明确奖品的价格、品牌等具体信息，导致消费者对奖品实际价格认知产生分歧，优幼公司的行为违反反不正当竞争法第十条第一项规定，遂责令其停止违法行为并处以罚款。优幼公司不服处罚决定，提起行政诉讼。江苏省苏州市吴江区人民法院判决认为，优幼公司举办的微信抽奖活动虽不以消费为前提，但目的在于扩大公司知名度，宣传商品或服务，发掘潜在客户、获取更大利润，实质上是一种有奖销售活动，应当受到反不正当竞争法规制。市场监管部门认定优幼公司举办的微信抽奖活动属于有奖销售并无不当，遂判决驳回优幼公司的诉讼请求。一审宣判后，各方当事人均未上诉。

**【典型意义】**本案是规制不正当有奖销售行为的典型案例。判决立足反不正当竞争法的立法目的，认定以截取流量、获取竞争优势为目的的微信抽奖活动属于有奖销售，并依法支持行政机关对奖品信息不明确，实际奖品与发布的图片不一致，欺诈消费者的有奖销售行为认定为不正当竞争行为并进行行政处罚，对建立诚实信用、公平有序的互联网服务市场秩序，保护消费者利益具有积极意义。

### 6. “刷单炒信”不正当竞争纠纷案——“刷单炒信”行为的认定

**【案号】**四川省成都市中级人民法院（2021）川 01 民初 913 号〔上海汉涛信息咨询有限公司诉四川金口碑网络科技有限公司不正当竞争纠纷案〕

**【基本案情】**在汉涛公司运营的“大众点评”平台中，消费者在某店铺消费后，可对店铺进行打分与文字点评，上述内容显示在店铺主页且所有用户可见。汉涛公司认为，金口碑公司在其运营的“捧场客”软件中，利用发放红包的方式诱使消费者对特定商家进行点赞、打分、点评、收藏等行为，导致商户评价与消费者实际评价不符，造成虚假的宣传效果，构成帮助其他经营者进行虚假或引人误解的商业宣传，遂诉至法院。四川省成都市中级人民法院审理认为，金口碑公

司以营利为目的，通过诱导消费者对其合作商户在“大众点评”平台进行特定分数的好评、评论、收藏等行为，造成平台内展示的商户数据失真，影响平台的信用体系，扰乱平台内商户的竞争秩序，构成不正当竞争行为。遂判令金口碑公司停止不正当竞争行为并赔偿汉涛公司经济损失 50 万元及合理开支。一审宣判后，各方当事人均未上诉。

**【典型意义】**本案是打击互联网环境下虚假宣传行为的典型案例。判决积极回应实践需求，通过制止利用“刷单炒信”行为帮助其他经营者进行虚假宣传等不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，有力维护和促进网络生态健康发展，有助于形成崇尚、保护和促进公平竞争的市场环境。

### 7. “张百年”仿冒混淆纠纷案——仿冒混淆行为的认定

**【案号】**最高人民法院（2022）最高法民再 4 号〔郑州张百年医药有限公司诉徐振强、金牛区博鳌保健用品批发部、成都市济世博澳医药科技有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案〕

**【基本案情】**张百年公司系“张百年”及“虎镖”注册商标的专用权人以及“张百年牌虎镖痛可贴”系列产品商品名称及包装权益的享有者。根据在先刑事判决的认定，徐某在其经营的博鳌批发部和济世公司销售了被诉侵权商品。被诉侵权商品与张百年公司生产销售的“张百年牌虎镖痛可贴”商品类别和名称相同、外包装近似，且使用了张百年公司的企业名称。张百年公司以徐某等实施了侵害商标权及不正当竞争行为为由，提起诉讼。一审、二审法院认定被诉侵权行为构成侵害注册商标专用权，但驳回了张百年公司与不正当竞争有关的诉讼请求。张百年公司向最高人民法院申请再审。最高人民法院提审认为，被诉侵权商品与张百年公司有一定影响的商品名称及包装高度近似，且标注了张百年公司的企业名称，容易导致相关公众误认为该商品来源于张百年公司或者与张百年公司存在特定联系，徐某在其经营的博鳌批发部、济世公司销售被诉侵权商品的行为违反反不正当竞争法第六条的规定，遂改判徐某等停止不正当竞争行为并共同赔偿张百年公司经济损失及合理开支 30 万元。

**【典型意义】**本案是严惩仿冒混淆行为、净化市场环境的典型案例。再审判决依法认定被诉侵权行为构成仿冒混淆的不正当竞争行为，明确销售被诉侵权产

品应当承担的法律责任，并根据侵权具体情节对赔偿数额作了相应调整，对统一类案裁判标准具有积极意义。

### 8. 工程图片虚假宣传不正当竞争纠纷案——虚假宣传行为的认定

**【案号】**最高人民法院（2022）最高法民再 1 号〔南京德尔森电气有限公司诉美弗勒智能设备有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案〕

**【基本案情】**德尔森公司与美弗勒公司为同行业经营者。德尔森公司成立时间较早，且在智能化变电站恒温恒湿汇控柜等领域拥有多项专利权。德尔森公司认为，美弗勒公司将德尔森公司的 8 个工程案例作为其成功案例印制在自己的产品宣传册上进行虚假宣传，欺骗、误导消费者，构成不正当竞争行为，遂诉至法院。一审、二审法院均判决驳回德尔森公司的诉讼请求。德尔森公司向最高人民法院申请再审，最高人民法院提审后认定，美弗勒公司的行为构成虚假宣传的不正当竞争行为，改判其承担停止不正当竞争行为、赔偿损失的民事责任。

**【典型意义】**本案是制止虚假宣传不正当竞争行为的典型案例。本案充分体现了人民法院坚决制止虚假宣传、诋毁商誉等不正当竞争行为，维护自愿、平等、公平、诚信市场竞争秩序，净化市场环境，引导经营者进行良性竞争的司法导向。

### 9. “胍基乙酸”侵害技术秘密纠纷案——被许可人保密义务的认定

**【案号】**最高人民法院（2020）最高法知民终 621 号〔北京君德同创生物技术股份有限公司诉石家庄泽兴氨基酸有限公司、河北大晓生物科技有限公司侵害技术秘密纠纷案〕

**【基本案情】**君德同创公司的主营业务为饲料添加剂研发、生产、销售，其拥有盐酸胍-氯乙酸法的发明专利权，并将甘氨酸-单氰胺法作为技术秘密予以保护。2010 年 6 月，君德同创公司与泽兴公司分别签订开发胍基乙酸项目的战略合作协议和委托加工协议，约定泽兴公司为君德同创公司加工饲料级胍基乙酸产品，并提供生产设备、场地等支持。协议同时明确，泽兴公司应严格控制胍基乙酸生产技术外泄，也不得向第三方出售，否则应赔偿君德同创公司的经济损失，合同及保密期限为三年。2012 年 6 月，君德同创公司将生产工艺提供给泽兴公司。后双方于 2014 年 6 月终止合作关系。2016 年下半年开始，君德同创公司发

现，大晓公司在宣传、销售其饲料级胍基乙酸产品时，宣称生产工艺来自于君德同创公司、泽兴公司或与两公司有关。同时，大晓公司出具的产品分析报告显示，该公司销售的胍肌乙酸（饲料级）产品质量与战略合作协议相符。大晓公司为泽兴公司的关联企业。君德同创公司遂提起本案诉讼，主张泽兴公司、大晓公司共同侵害了君德同创公司胍基乙酸产品的技术秘密，请求判令两公司停止侵权行为并连带赔偿经济损失及合理费用。一审法院认为，泽兴公司、大晓公司的行为均构成对君德同创公司涉案技术秘密的使用和披露，判决泽兴公司、大晓公司停止侵害并共同赔偿君德同创公司经济损失。泽兴公司、大晓公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，结合本案具体证据和事实，可以认定在战略合作协议、委托加工协议约定的保密期限届满后，虽然泽兴公司的约定保密义务终止，但其仍需承担侵权责任法意义上不得侵害他人合法权益的消极不作为义务，以及基于诚实信用原则产生的合同约定的保密期限届满后的附随保密义务；技术许可合同约定的保密期限届满后，泽兴公司仅可以自己使用相关技术秘密，不得许可他人使用、披露相关技术秘密。最高人民法院终审判决，撤销一审判决相关判项，改判泽兴公司停止允许他人使用涉案技术秘密，大晓公司停止使用涉案技术秘密，并共同赔偿君德同创公司经济损失。

**【典型意义】**本案是制止侵害技术秘密行为的典型案例。二审判决明确，技术秘密许可合同约定的保密期间届满后，被许可人的约定保密义务终止，但其仍需承担不得侵害他人合法权益的不作为义务和基于诚实信用原则的附随保密义务。本案对于倡导诚实信用原则、加大商业秘密保护力度具有典型意义。

### 10. “芯片量产测试系统”侵害技术秘密行为保全措施案——侵害技术秘密案件中行为保全措施的适用

**【案号】**最高人民法院（2020）最高法知民终 1646 号〔炬芯科技股份有限公司诉彭某、珠海泰芯半导体有限公司侵害技术秘密纠纷案〕

**【基本案情】**彭某曾为炬芯公司员工，并担任高级系统设计工程师，双方签订了《员工保密协议》。在炬芯公司工作期间，彭某参与了“芯片量产测试系统”等涉案技术信息的研发工作，后离职进入泰芯公司工作。炬芯公司以彭某、泰芯公司侵害其技术秘密为由，提起诉讼。一审法院认为，炬芯公司提供的证据不足

以证明彭某、泰芯公司披露、使用了涉案技术信息，遂判决驳回炬芯公司的全部诉讼请求。炬芯公司不服一审判决，向最高人民法院提起上诉，并提出责令彭某、泰芯公司不得披露、使用、允许他人使用涉案技术信息的行为保全申请。最高人民法院二审认为，基于本案现有证据，可以认定涉案技术信息确有被非法持有、披露、使用的可能，故一审法院应对彭某、炬芯公司是否存在侵害商业秘密的行为重新予以审查。最高人民法院在将本案发回重审的同时，裁定彭某、泰芯公司在生效判决作出前不得披露、使用、允许他人使用涉案技术信息。彭某、泰芯公司不服该行为保全裁定，申请复议。最高人民法院经审查驳回其复议请求。

**【典型意义】**本案系人民法院首次在案件发回重审的同时裁定采取行为保全措施的典型案例，体现了人民法院加强知识产权司法保护的积极探索。案件发回重审时采取临时行为保全措施，有效降低了涉案技术信息再次被非法披露、使用的风险，为商业秘密权利人提供了强有力的保护。人民法院结合案件情况，及时采取行为保全措施，对于提高商业秘密保护的及时性和有效性具有示范意义。

来源：最高人民法院官网

链接： https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-379711.html

# 人民法院反垄断典型案例

中华人民共和国最高人民法院
The Supreme People's Court of The People's Republic of China

1.“驾校联营”横向垄断协议纠纷案【最高人民法院（2021）最高法知民终1722号】——涉横向垄断协议的合同效力认定

2.“无励磁开关专利侵权和解协议”横向垄断协议纠纷案【最高人民法院（2021）最高法知民终1298号】——滥用知识产权行为的反垄断审查

3.“幼儿园”横向垄断协议纠纷案【最高人民法院（2021）最高法知民终2253号】——横向垄断协议实施者违约赔偿请求权的认定

4.“涉沙格列汀片剂药品专利反向支付协议”发明专利侵权纠纷案【最高人民法院（2021）最高法知民终388号】——非垄断案由案件中的反垄断审查

5.“延安混凝土企业”合同纠纷及横向垄断协议纠纷案【陕西省西安市中级人民法院（2020）陕01知民初509号】——横向垄断协议的损害赔偿计算

6.“涉中超联赛图片”滥用市场支配地位纠纷案【最高人民法院（2021）最高法知民终1790号】——体育赛事商业权利独家授权中的反垄断审查

7.“威海水务集团”滥用市场支配地位纠纷案【最高人民法院（2022）最高法知民终395号】——公用企业限定交易行为的认定及损害赔偿计算

8.“海南消防检测企业横向垄断协议”反垄断行政处罚案【最高人民法院（2021）最高法知行终880号】——反垄断罚款基数“上一年度销售额”的理解

9.“茂名混凝土企业横向垄断协议”反垄断行政处罚案【最高人民法院（2022）最高法知行终29号】——“其他协同行为”的认定以及“上一年度”的理解

10.“惠州市机动车检测行业协会横向垄断协议”反垄断行政处罚案【广州知识产权法院（2020）粤73行初12号】——行业协会行为的反垄断审查

### 1. “驾校联营”横向垄断协议纠纷案——涉横向垄断协议的合同效力认定

**【案号】**最高人民法院（2021）最高法知民终 1722 号〔台州市路桥吉利机动车驾驶培训有限公司、台州市路桥区承融驾驶员培训有限公司诉台州市路桥区东港汽车驾驶培训学校等、台州市路桥区浙东驾驶员培训服务有限公司横向垄断协议纠纷案〕

**【基本案情】**在吉利驾培公司、承融驾培公司与东港驾培公司等 13 家被诉驾培单位以及第三人浙东驾培公司横向垄断协议纠纷案中，同在浙江省台州市路桥区的涉案 15 家驾培单位签订联营协议及自律公约，约定共同出资设立联营公司即浙东驾培公司，固定驾驶培训服务价格、限制驾驶培训机构间的教练车辆及教练员流动，涉案 15 家驾培单位原先分散的辅助性服务（如报名、体检、制卡等）均由浙东驾培公司统一在同一现场处理，浙东驾培公司对应收取服务费 850 元。其中，联营协议第三条具体约定联营公司设立的注册资本与股本结构。涉案 15 家驾培单位中的吉利驾培公司和承融驾培公司以该 15 家单位构成垄断经营为由，向法院起诉，请求确认联营协议及自律公约无效。一审法院判决确认涉案联营协议及自律公约中构成横向垄断协议的相关条款无效，但同时认为，浙东驾培公司统一处理涉案原先分散的辅助性服务，可提高服务质量、降低成本、增进效率，其收取 850 元服务费的行为符合垄断协议豁免条件。吉利驾培公司、承融驾培公司不服，提起上诉，请求改判确认联营协议中股本结构条款无效，东港驾培公司等 13 家被诉驾培单位提出的固定价格协议豁免理由不能成立。最高人民法院二审认为，达成垄断协议的经营者欲以该协议具有 2008 年施行的反垄断法第十五条第一款第一项至第五项情形为由主张豁免，应当提供充分证据证明协议具有上述五项法定情形之一项下所指积极的竞争效果或经济社会效果，且该效果是具体的、现实的，而不能仅仅依赖一般性推测或者抽象推定；一审法院在经营者没有提供真实、有效证据支持其豁免主张情况下，主要根据一般经验推定浙东驾培公司统一提供服务的效果，直接认定其统一收费符合垄断协议豁免情形，适用法律不当。合同条款违反反垄断法关于禁止垄断行为的规定原则上无效；如果合同无效部分会影响其他部分效力的，其他部分也应无效；涉案联营协议第三条的约定主要是当事人实施横向垄断协议、实现市场垄断目的的手段；判断合同或者合同条款是否因违反反垄断法而无效时，还应该考虑消除和降低垄断行为风险的

需要，实现反垄断法预防和制止垄断行为的立法目的。最高人民法院终审判决，撤销一审判决，确认案涉联营协议及自律公约全部无效。

**【典型意义】**本案强调当事人主张垄断协议豁免应当承担具体证明有关实际效果的举证责任，同时明确了认定涉横向垄断协议的民事行为无效的原则、考量因素与价值目标。本案裁判对于人民法院积极发挥反垄断司法职能作用，依法消除和降低垄断行为风险隐患，维护市场公平竞争，实现反垄断法预防和制止垄断行为的立法目的，具有示范意义。

### 2. “无励磁开关专利侵权和解协议”横向垄断协议纠纷案——滥用知识产权行为的反垄断审查

**【案号】**最高人民法院（2021）最高法知民终 1298 号〔上海华明电力设备制造有限公司诉武汉泰普变压器开关有限公司垄断协议纠纷案〕

**【基本案情】**2015 年泰普公司起诉华明公司侵害其“一种带屏蔽装置的无励磁开关”发明专利权，双方于 2016 年 1 月签订“调解协议”（未经法院确认，实为和解协议），约定：华明公司仅能生产特定种类的无励磁分接开关，对其他种类的无励磁分接开关只能通过泰普公司供货转售给下游客户，且销售价格要根据泰普公司供货价格确定；在海外市场，华明公司为泰普公司持股的泰普联合公司作市场代理，不得自行生产或代理其他企业的同类产品，且销售价格与泰普公司的供货价格一致。2019 年华明公司向法院提起诉讼，主张涉案和解协议属于垄断协议，违反反垄断法，应认定无效。一审法院认为，涉案和解协议不属于垄断协议，判决驳回华明公司全部诉讼请求。华明公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，如果专利权人逾越其享有的专有权，滥用知识产权排除、限制竞争的，则涉嫌违反反垄断法。涉案和解协议与涉案专利权的保护范围缺乏实质关联性，其核心并不在于保护专利权，而是以行使专利权为掩护，实际上追求排除、限制竞争的效果，属于滥用专利权；涉案和解协议构成分割销售市场、限制商品生产和销售数量、固定商品价格的横向垄断协议，违反反垄断法强制性规定。最高人民法院终审判决，撤销一审判决，确认涉案和解协议全部无效。

**【典型意义】**专利权是一种合法垄断权，经营者合法行使专利权的行为不受反垄断法限制，但是经营者滥用专利权排除、限制竞争的行为则受到反垄断法规

制。该案明确了涉及专利权许可的横向垄断协议的分析判断标准，就审查专利侵权案件当事人达成的调解或和解协议是否违反反垄断法作出了指引，对于规范专利权人合法行使权利、提高全社会的反垄断法治意识具有积极意义。

### 3. “幼儿园”横向垄断协议纠纷案——横向垄断协议实施者违约赔偿请求权的认定

**【案号】**最高人民法院（2021）最高法知民终 2253 号〔进贤县温圳镇艺术幼儿园诉进贤县温圳镇六佳一幼儿园、万珍、进贤县温圳镇艾乐幼儿园、进贤县温圳镇金贝贝幼儿园、进贤县温圳镇才艺幼儿园横向垄断协议纠纷案〕

**【基本案情】**艺术幼儿园主张其与六佳一幼儿园等其他四家幼儿园共同签订合作协议，约定合作各方对收入和开支共同结算并平均分配利润，六佳一幼儿园等四家幼儿园对艺术幼儿园的人数减少和其不在特定区域开设幼儿园进行补偿。后因该四家幼儿园未按照约定支付补偿款，故艺术幼儿园起诉至江西省南昌市中级人民法院，请求判令六佳一幼儿园支付补偿款并承担违约责任。一审法院认为，涉案五家幼儿园签订涉案协议并确认了收费标准，划分了当地幼儿园市场，该行为明显具有排除、限制竞争的目的，且在特定时间内实现了排除、限制竞争的效果。涉案协议因违反反垄断法的禁止性规定，应当认定无效，故判决驳回艺术幼儿园的诉讼请求。艺术幼儿园不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，涉案协议明确约定了固定和上涨价格、个别经营者退出相关市场等内容，不仅明显具有排除、限制竞争的目的，而且也实际产生了排除、限制竞争的效果，一审法院认定涉案协议构成横向垄断协议并无不当。艺术幼儿园请求六佳一幼儿园和万珍向其支付协议期间的经济补偿金及违约金，实质上是要求瓜分垄断利益，人民法院对此不予支持。最高人民法院终审判决，驳回上诉，维持原判。

**【典型意义】**垄断行为限制公平竞争，损害广大消费者利益，由此而产生的收益不应得到法律保护。本案阐明了反垄断法的立法目的在于为垄断行为的受害人提供法律救济，而不为实施垄断行为的经营者提供不当获利的机会。横向垄断协议实施者根据该协议主张损害赔偿，实质上是要求瓜分垄断利益，人民法院对该类请求不予支持。本案对于打击横向垄断行为、维护公平竞争秩序、引导幼教行业良性发展具有重要意义。

### 4. “涉沙格列汀片剂药品专利反向支付协议”发明专利侵权纠纷案——非垄断案由案件中的反垄断审查

**【案号】**最高人民法院（2021）最高法知民终 388 号〔阿斯利康有限公司诉江苏奥赛康药业有限公司侵害发明专利权纠纷案〕

**【基本案情】**瑞典阿斯利康公司为一种用于治疗糖尿病的专利号为 01806315.2、名称为“基于环丙基稠合的吡咯烷二肽基肽酶 IV 抑制剂、它们的制备方法及用途”的发明专利的继受权利人，专利产品为沙格列汀片。涉案专利原权利人为使专利权效力免受挑战，曾与无效宣告请求人（奥赛康公司关联方）达成《和解协议》，约定：请求人撤回针对涉案专利的无效宣告请求，请求人及其关联方即可获许在涉案专利权保护期限届满前 5 年多实施涉案专利。后请求人依约撤回无效宣告请求，并由其关联方奥赛康公司实施涉案专利。之后，阿斯利康公司诉至法院，主张奥赛康公司侵害涉案专利权。一审法院认为，奥赛康公司方有权依据涉案《和解协议》实施涉案专利，故判决驳回阿斯利康公司全部诉讼请求。阿斯利康公司不服，提起上诉，后又以双方于二审审理期间达成和解为由申请撤回上诉。最高人民法院二审认为，对撤回上诉申请应当依法进行审查，涉案《和解协议》符合所谓的“药品专利反向支付协议”外观，人民法院一般应当对其是否违反反垄断法进行一定程度的审查，之后再决定是否准许撤回上诉。经审查，综合考虑涉案专利权保护期限已经届满等具体情况，最高人民法院终审裁定，准予撤回上诉。

**【典型意义】**“药品专利反向支付协议”是药品专利权利人承诺给予仿制药申请人直接或者间接的利益补偿（包括减少仿制药申请人不利益等变相补偿），仿制药申请人承诺不挑战该药品相关专利权的有效性或者延迟进入该专利药品相关市场的协议。本案是目前中国法院首起对“药品专利反向支付协议”作出反垄断审查的案件，虽然只是针对撤回上诉申请所作的反垄断初步审查，而且最终鉴于案件具体情况也未明确定性涉案和解协议是否违反反垄断法，但该案裁判强调了在非垄断案由案件审理中对当事人据以提出主张的协议适时适度进行反垄断审查的必要性，指明了对涉及“药品专利反向支付协议”的审查限度和基本路

径，对于提升企业的反垄断合规意识、规范药品市场竞争秩序、指引人民法院加强反垄断审查具有积极意义。

### 5. “延安混凝土企业”合同纠纷及横向垄断协议纠纷案——横向垄断协议的损害赔偿计算

**【案号】**陕西省西安市中级人民法院（2020）陕 01 知民初 509 号〔延安市嘉诚混凝土有限公司与福建三建工程有限公司合同纠纷及横向垄断协议纠纷案〕

**【基本案情】**嘉诚公司自 2018 年 3 月开始向福建三建公司供应混凝土。包含嘉诚公司在内的陕西省延安市宝塔区 10 家混凝土企业联合声明，自 2018 年 7 月 1 日开始，所有标号的混凝土每立方米在原价基础上上浮 60 元。2018 年 7 月 13 日，嘉诚公司与福建三建公司达成口头协议，约定将混凝土每立方米单价全面上涨 45 元。同月，原陕西省工商局接到嘉诚公司等涉嫌垄断的举报，于 2018 年 8 月启动调查，但嘉诚公司对混凝土供应单价并未作出调整，亦未向福建三建公司告知相关情况。自 2019 年 4 月开始，福建三建公司和嘉诚公司通过签订补充协议，对同标号混凝土在先前价格基础上每立方米再次上涨 25 元。2019 年 8 月，陕西省市场监管局对嘉诚公司和其他 9 家混凝土企业达成并实施垄断协议作出处罚决定。2019 年 9 月底，嘉诚公司对福建三建公司的混凝土供应结束，10 月双方组织结算。在嘉诚公司向福建三建公司主张欠付混凝土货款时，福建三建公司得知嘉诚公司因实施垄断行为被行政机关处罚，遂向陕西省西安市中级人民法院起诉，要求嘉诚公司赔偿相应损失。该院审理认为，当事人之间因形式上的契约自由不能成为实施垄断行为一方违法行为的合法外衣。经营者达成涨价协议对交易相对人造成损害的，应当承担相应的民事责任。关于横向垄断协议损害赔偿，对难以脱离当地供应市场或对技术支持需求较高的商品，应以垄断协议所固定价格与此前在自由市场竞争中与交易相对人所约定产品价格的差值进行计算。故判决福建三建公司向嘉诚公司支付欠付合同款约 602 万元并支付违约金；嘉诚公司向福建三建公司支付因实施横向垄断协议所造成的损害赔偿金约 143 万元。一审宣判后，双方均未上诉。

**【典型意义】**本案是横向垄断协议的受害人在反垄断行政执法机关认定被诉垄断行为违法并作出行政处罚后提起民事损害赔偿诉讼的案件。反垄断民事诉讼

是垄断行为受害人获得损害赔偿的基本途径，是反垄断法实施的重要方式。本案基于经济学原理和一般市场交易规律，对不同交易形态特征下的损害赔偿请求数额认定和计算路径进行了有益探索。本案同时也生动展现了反垄断行政执法与司法的有效衔接，对于形成反垄断法执法和司法合力、切实提升反垄断法实施效果具有典型意义。

### 6. “涉中超联赛图片”滥用市场支配地位纠纷案——体育赛事商业权利独家授权中的反垄断审查

**【案号】**最高人民法院（2021）最高法知民终 1790 号〔体娱（北京）文化传媒股份有限公司诉中超联赛有限责任公司、上海映脉文化传播有限公司滥用市场支配地位纠纷案〕

**【基本案情】**经中国足协授权，中超公司取得中超联赛资源代理开发经营权。中超公司于 2016 年网上公开招标 2017-2019 年中超联赛官方图片合作机构，映脉公司以相应报价中标，由此取得独家经营中超联赛图片资源的权利，而体娱公司未中标。但体娱公司仍于 2017 年、2018 年派人进入中超联赛现场拍摄图片并销售传播，期间中国足协出面发布声明予以制止以维护映脉公司的独家经营权。体娱公司于 2020 年 6 月 24 日以中超公司、映脉公司滥用市场支配地位限定交易相对人只能与映脉公司进行交易为由，向法院起诉，请求判令中超公司、映脉公司停止垄断行为、消除影响、赔偿经济损失及合理开支。一审法院认为，现有证据不能证明中超公司、映脉公司具有市场支配地位，且两公司从事被诉行为具有正当理由，判决驳回体娱公司全部诉讼请求。体娱公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，反垄断法预防和制止滥用权利以排除、限制竞争的行为，但是由权利内在的排他属性所形成的“垄断状态”并非权利滥用行为。中超公司、映脉公司在中超联赛图片经营市场具有市场支配地位，但中超公司通过公开招标方式选择授权映脉公司独家经营 2017-2019 年中超联赛图片资源，在程序上体现了竞争；该经营权独家授予是竞争的应然结果，且有其合理理由，不具有反竞争效果。同时，中超联赛图片用户（需求方）只能向映脉公司购买该赛事图片，系基于原始经营权人中国足协依法享有的经营权并通过授权形成的结果，符合法律规

定且有合理性，该限定交易情形有正当理由。最高人民法院终审判决，驳回上诉，维持原判。

**【典型意义】**本案明确了排他性民事权利的不正当行使才可能成为反垄断法预防和制止的对象，而民事权利的排他性或者排他性民事权利本身并不是反垄断法预防和制止的对象。本案对于厘清排他性民事权利的行使边界、保障企业的合法经营具有重要价值。

### 7. “威海水务集团”滥用市场支配地位纠纷案——公用企业限定交易行为的认定及损害赔偿计算

**【案号】**最高人民法院（2022）最高法知民终 395 号〔威海宏福置业有限公司诉威海市水务集团有限公司滥用市场支配地位纠纷案〕

**【基本案情】**宏福置业公司是一家位于山东省威海市的房地产开发公司，2021 年 1 月宏福置业公司向法院起诉，请求判令威海水务集团赔偿因其实施滥用市场支配地位的行为给宏福置业公司造成的经济损失并支付诉讼合理开支。一审法院认定，威海水务集团在威海市区供水、污水设施建设和管理中处于市场支配地位，但现有证据不能证明威海水务集团存在限定交易行为，判决驳回宏福置业公司诉讼请求。宏福置业公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，威海水务集团不仅独家提供城市公共供水服务，而且承担着供水设施审核、验收等公用事业管理职责，其在参与供水设施建设市场竞争时，负有更高的不得排除、限制竞争的特别注意义务。威海水务集团在受理给排水市政业务时，在业务办理服务流程清单中仅注明其公司及其下属企业的联系方式等信息，而没有告知、提示交易相对人可以选择其他具有相关资质的企业，属于隐性限定了交易相对人只能与其指定的经营者进行交易，构成限定交易行为。宏福置业公司没有提供证据证明限定交易的实际支出高于正常竞争条件下的合理交易价格，且其自身对涉案给排水设施的拆除重建负有主要责任，其也没有提供可供法院酌定损失的相关因素。最高人民法院终审判决，撤销一审判决，改判威海水务集团赔偿宏福置业公司为调查、制止垄断行为所支付的合理开支。

**【典型意义】**本案明确了反垄断法上的限定交易行为可以是明示的、直接的，也可以是隐含的、间接的，阐明了认定限定交易行为的重点在于考察经营者是否

实质上限制了交易相对人的自由选择权，为具有市场独占地位的经营者特别是公用企业提供了依法从事市场经营活动的行为指引。同时，本案明确了限定交易垄断行为造成损失的认定标准和举证责任分配，为类案审理中确定垄断行为的损害赔偿责任提供了裁判指引，也为垄断行为受害者通过提起反垄断民事诉讼积极寻求救济提供了规则指引。

### 8. “海南消防检测企业横向垄断协议”反垄断行政处罚案——反垄断罚款基数“上一年度销售额”的理解

**【案号】**最高人民法院（2021）最高法知行终 880 号〔海南盛华建设股份有限公司诉海南省市场监督管理局反垄断行政处罚案〕

**【基本案情】**盛华公司于 2017 年起在海南省消防协会消防维保检测行业分会组织下与其他企业达成并实施消防安全检测价格的垄断协议，该公司经营业务范围有 20 余项，其 2018 年度销售额 1 亿元，其中开展消防安全检测业务的经营收入为 93.9 万元。海南省市场监管局经立案调查于 2020 年 11 月决定对盛华公司处以 2018 年销售额 1 亿元 1%的罚款即 100 万元。盛华公司不服处罚决定，向法院提起行政诉讼。一审法院认为，海南省市场监管局以实施垄断协议所取得的销售收入和未实施垄断行为所取得的销售收入一并作为处罚基数来计算处罚金额错误，遂判决撤销该处罚决定。海南省市场监管局不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，2008 年反垄断法第四十六条第一款规定计罚基数时对“上一年度销售额”没有作进一步限定，结合立法目的和一般法律适用原则，将“上一年度销售额”原则上解释为全部销售额具有合理性；考虑盛华公司实施垄断协议的时间、性质、情节等因素，本案罚款数额符合过罚相当原则。最高人民法院终审判决，撤销一审判决，驳回盛华公司的诉讼请求。

**【典型意义】**多年来反垄断行政执法实践和学理研究中对反垄断罚款基数“上一年度销售额”存在多种理解，本案二审判决从反垄断法预防和制止垄断行为的立法目的出发，对其含义作出了原则性阐释，并根据过罚相当原则明确了确定罚款数额时应考虑的主要因素。本案裁判对依法支持和监督反垄断行政执法、促进司法标准与行政执法标准统一具有重要价值。

### 9. “茂名混凝土企业横向垄断协议”反垄断行政处罚案——“其他协同行为”的认定以及“上一年度”的理解

**【案号】**最高人民法院（2022）最高法知行终 29 号〔茂名市电白区建科混凝土有限公司诉广东省市场监督管理局反垄断行政处罚案〕

**【基本案情】**2016 年 9-12 月期间，包括建科混凝土公司在内的 19 家广东省茂名市及高州市预拌混凝土企业通过聚会、微信群等形式就统一上调混凝土销售价格交流协商，并各自同期不同幅度地上调了价格。2020 年 6 月，广东省市场监管局对该 19 家企业的行为进行查处，且均以 2016 年度销售额为基数，对 3 家牵头企业处以 2%的罚款，对其他 16 家企业处以 1%的罚款。建科混凝土公司不服处罚决定，向广州知识产权法院提起行政诉讼，请求撤销被诉处罚决定。一审法院判决驳回建科混凝土公司诉讼请求。建科混凝土公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，包括建科混凝土公司在内的涉案 19 家预拌混凝土企业之间进行了意思联络、信息交流，具有限制、排除相互间价格竞争的共谋，其被诉行为具有一致性，且不能对该行为的一致性作出合理解释。同时，根据相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况，被诉行为产生了反竞争效果。因此，建科混凝土公司的被诉行为构成反垄断法规定的横向垄断协议项下的“其他协同行为”，涉案 19 家混凝土企业达成并实施了“固定或者变更商品价格”的横向垄断协议。关于被诉处罚决定的罚款计算，“上一年度销售额”是计算罚款的基数，原则上“上一年度”应确定为与作出处罚时在时间上最接近、事实上最关联的违法行为存在年度。被诉行为发生于 2016 年并于当年底停止，反垄断执法机构于 2017 年启动调查，因此，以 2016 年销售额作为计算罚款的基准，更接近违法行为发生时涉案企业的实际经营情况，与执法实践中通常以垄断行为停止时的上一个会计年度来计算经营者销售额的基本精神保持一致，也符合过罚相当原则。最高人民法院终审判决，驳回上诉，维持原判。

**【典型意义】**“其他协同行为”属于横向垄断协议的一种表现形式，因其不直接体现为明确的协议或决定，具有较强的隐蔽性，在行政主管和司法认定上存在难度。本案明确了一致性市场行为和信息交流两个因素可以证明存在“其他协同行为”，然后应由经营者对其行为一致性作出合理解释。该分层认定方式有助于厘清法律规范的具体适用，合理分配了诉讼当事人的举证责任。同时，本案对反垄断罚款基数的“上一年度销售额”中“上一年度”作出原则性阐释，既尊重

了行政机关依法行使行政裁量权，保证行政执法效果，维护反垄断执法威慑力，也对行政机关作出行政处罚决定的裁量基准和方法依法作出指引。

### 10. “惠州市机动车检测行业协会”反垄断行政处罚案——行业协会涉嫌垄断行为的反垄断审查

**【案号】**广州知识产权法院（2020）粤 73 行初 12 号〔惠州市机动车检测行业协会诉广东省市场监督管理局反垄断行政处罚案〕

**【基本案情】**2017 年 9 月，惠州市机动车检测行业协会为抵制个别检测单位降价或变相降价，制订《工作方案》并通过会员《公约》，以行业自律之名要求全体会员不得降价或变相降价。为保证落实到位，还要求会员单位缴纳保证金。2018 年前后，惠州市机动车检测行业协会多次倡导并讨论如何调整收费，制定统一调价方案并组织实施。自 2018 年 6 月 4 日起，协会 31 家会员单位同步执行新的收费标准，调整后的收费标准几乎完全相同。因集体同步统一涨价且涨价幅度较大，此事引发当地热议和媒体关注。广东省市场监管局开展反垄断调查后，认定惠州市机动车检测行业协会上述行为违反了反垄断法的相关规定，对其处以罚款 40 万元。惠州市机动车检测行业协会不服该行政处罚决定，向广州知识产权法院起诉，请求撤销涉案处罚决定。该院审理认为，惠州市机动车检测行业协会利用行业特性所产生的区域影响力限制会员单位降价或变相降价，制定了划定各项收费项目收费下限的统一收费标准及实施时间的垄断协议，并组织会员单位实施的行为，属于排除、限制竞争的垄断行为。经对被诉行政行为进行全面审查后，驳回了惠州市机动车检测行业协会的全部诉讼请求。一审宣判后，双方均未上诉。

**【典型意义】**行业协会既有促进行业发展和市场竞争，维护消费者合法权益的功能，又有促成和便利相关企业实施垄断行为的可能性和风险。行业协会应当加强行业自律、引导行业依法竞争和合规经营。本案分析了被诉行业协会通过集体决策实施垄断行为的本质，对于规范行业协会加强自律、引导其防范垄断风险具有积极意义。

来源：最高人民法院官网

链接：https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-379701.html

# 用户上传未获授权的有声书，音频平台构成侵权吗？丨案例参考册

互联网时代催生了多元化的文化创意产业形态，有声书作为新兴的阅读体验渠道，孕育了大量音频平台。

本期案例的涉案作品《三体》曾获第 73 届“雨果奖”最佳长篇小说奖，具有较大社会影响力。在对权利作品全平台大规模侵权时，音频平台侵权责任的认定标准需要明确，对音频平台侵权责任的认定以及在确定判赔金额时，应坚持严格保护知识产权、加大赔偿力度的价值导向。

该案的判决有助于规范有声书翻录、播出行为，强化平台主体责任，督促平台完善内部版权监控和管理机制，从而促进新兴文化业态的有序发展。本案例曾被评为 2021 年度上海版权十大典型案例。

## 深圳市某计算机系统有限公司诉广州某网络技术有限公司著作权侵权纠纷案

### 裁判要点

音频平台作为网络服务提供者，明知或者应知音频平台主播传播侵权音频，未采取制止侵权的必要措施，构成帮助侵权，应承担相应的民事责任。在认定主

观上是否明知或应知时，应综合考虑权利作品的知名度、侵权规模、侵权音频的存在形式及上传者身份等因素。在认定是否采取制止侵权的必要措施时，应审查平台有无采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等行为。

## 关键词

网络服务提供者 / 帮助侵权 / 合理注意义务

## 法官解读

### 基本案情

文字作品《三体》作者为刘慈欣，获得第 73 届“雨果奖”最佳长篇奖等多项世界级科幻大奖，具有较高知名度。2016 年 5 月 27 日，刘慈欣与原告某计算机系统有限公司签订《独家合作协议》及《授权书》，约定将《三体》授权给某计算机系统有限公司，授权性质为独占性授权，授权使用方式为将授权作品的录制成音频作品（即录音制品，下同）的权利独占性授予某计算机系统有限公司，该公司有权在授权期限内将其改编录制成音频作品，改编录制完成后的音频作品的著作权及录音制作者权利归某计算机系统有限公司永久所有。

在被告某网络技术有限公司运营的某网页及某 APP 中搜索“三体”，存在数十个主播账户上传的大量《三体》音频，部分为全集音频，播放量较大。部分主播为某 APP 的独家内容主播、成长主播、认证有声书主播。某 APP 中的某银牌独家直播主播在该 APP 中进行的直播中包含“三体”小说的相关内容。

2019 年 4 月、7 月、2020 年 4 月、5 月，原告多次向被告发送《下线告知函》等，要求停止侵权并删除相关链接。被告在收到原告通知后，未及时删除涉案音频，至 2020 年 5 月底才完成删除所有涉案音频的操作。

原告诉称，被告未经许可提供了原告享有权利的有声小说，损害了原告对涉案作品享有的著作权。被告在原告发送警告函的情况下，仍然对相关音频不采取下架措施，恶意明显。原告认为被告的行为侵害了原告的信息网络传播权、复制权、改编权及基于著作权享有的其他权利。故诉至法院，请求判令：

1.被告立即停止提供《三体》视听节目的在线播放和下载服务，断开涉案侵权音频链接，将涉案侵权音频下架并删除涉案侵权音频；

2.被告向原告赔偿经济损失人民币500万元、赔偿合理费用171,481.79元；

3.被告就其侵害作品著作权行为在被告官网首页上端显著位置刊登声明，消除影响，持续时间不少于30个工作日。

被告辩称：

1.用户将涉案小说录制成音频仅涉及复制权，不涉及改编权；涉诉音频均由用户录制，被告作为平台方不涉嫌侵害原告的复制权；原告所获授权的网络传播权仅为信息网络传播权，但不含其他权利即将作品进行直播的权利，原告无权针对直播行为主张任何权益；

2.被告系信息网络存储空间服务提供者，涉诉音频由用户上传至某APP，被告对用户上传的海量音频无事先审查的义务和能力，且在平台显著位置提供了投诉渠道，尽到了平台方的合理注意义务。被告为用户提供信息网络存储空间服务，并无事先监控的义务和能力；

3.原告自始未发送有效的通知，被告已及时屏蔽涉案音频，不存在过错；

4.原告索赔金额过高，无事实和法律依据，且本案不适用消除影响的责任承担方式。故请求法院驳回原告全部诉请。

## 裁判结果

上海市浦东新区人民法院作出一审判决:

一、被告赔偿原告经济损失人民币500万元以及为制止侵权行为所支付的合理开支人民币171,481.79元;

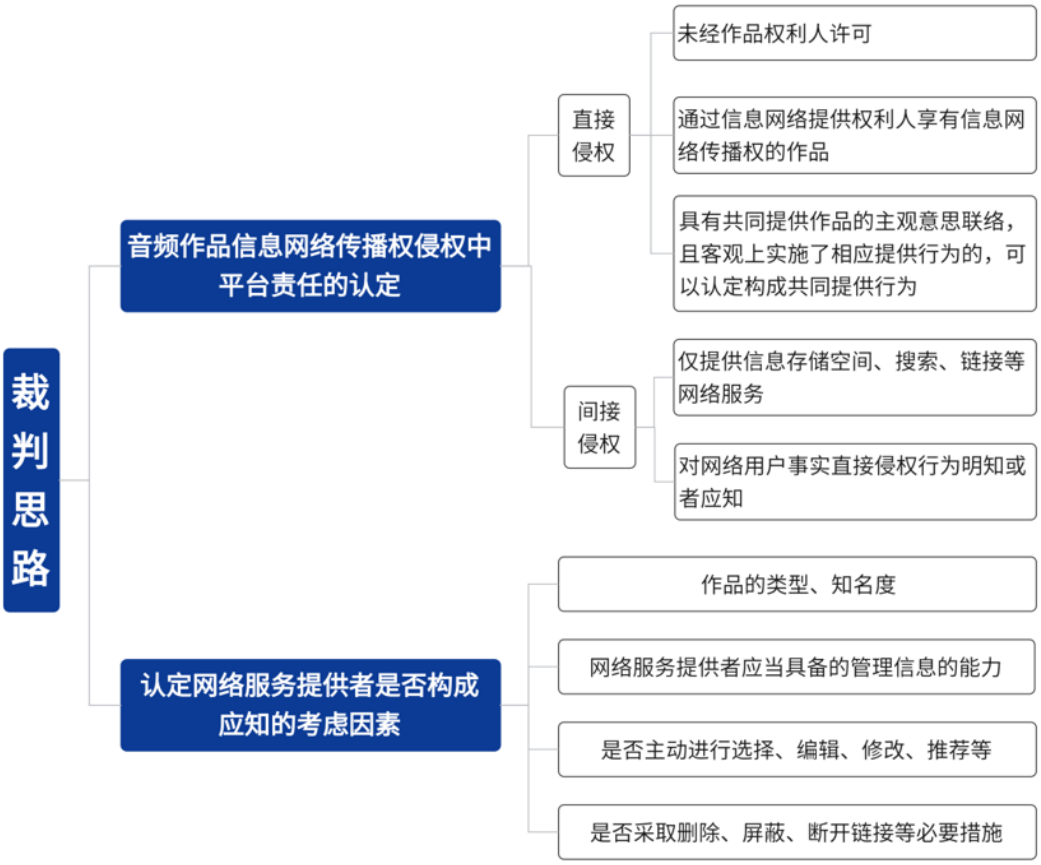
二、被告就著作权侵权行为在其官网首页连续十五日刊登声明，消除影响。

三、驳回原告的其余诉讼请求。

某网络技术有限公司不服一审判决，提起上诉。

上海知识产权法院二审判决:驳回上诉，维持原判。

## 裁判思路




△图片来源：上海高院微信微信公众号

## 案例评析

流量经济时代对文化创意产业业态的影响巨大，知名作品的衍生有声书更是为平台带来了巨大流量。对知名度较高的作品全平台大规模侵权的行为，增加了知识产权权利人的维权难度，也对平台责任的司法认定提出挑战。《著作权法》修改前后，对于侵犯著作权行为的认定有所变化，在被告行为侵犯多项著作权权利时，亦应审慎处理。

### 一、音频作品信息网络传播权侵权中平台责任的认定

1.平台性质的判断——侵权作品直接提供者和网络服务提供者

《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条规定，“网络用户、网络服务提供者未经许可，通过信息网络提供权利人享有信息网络传播权的作品、表演、录音录像制品，除法律、行政法规另有规定外，人民法院应当认定其构成侵害信息网络传播权行为”“通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，人民法院应当认定其实施了前款规定的提供行为”。

网络服务提供者是提供了侵权作品还是仅作为信息网络存储空间，需要从平台性质出发进行判断。本案中，一方面，被告某网络技术有限公司的《服务协议和隐私政策》中明确其提供信息存储空间服务和互联网直播服务；另一方面，原告某计算机系统有限公司取证的被控侵权音频节目，被告平台均标明了主播的名称。因此，在无相反证据的情况下，结合被告运营模式，能够认定某网络技术有限公司系网络服务提供者，相关音频由网络用户提供。

2.侵权样态的判断——直接侵权与间接侵权

侵权音频系由相关网络用户发布，网络服务提供者仅是通过其经营的平台提供了信息存储空间的网络服务，网络服务提供者不构成直接侵权。但即使涉案被控侵权音频系网络用户上传，网络服务提供者仍可能构成间接侵权。

《信息网络传播权保护条例》第二十二条规定，网络服务提供者为服务对象提供信息存储空间，供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：

（一）明确标示信息存储空间是为服务对象所提供，并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址；

（二）未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品；

（三）不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权；

（四）未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益；

（五）在接到权利人的通知书后，根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。

《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第七条规定，网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的，人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。

第九条规定，人民法院应当根据网络用户侵害信息网络传播权的具体事实是否明显，综合考虑以下因素，认定网络服务提供者是否构成应知：

（一）基于网络服务提供者提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小，应当具备的管理信息的能力；

（二）传播的作品、表演、录音录像制品的类型、知名度及侵权信息的明显程度；

（三）网络服务提供者是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选择、编辑、修改、推荐等；

（四）网络服务提供者是否积极采取了预防侵权的合理措施；

（五）网络服务提供者是否设置便捷程序接收侵权通知并及时对侵权通知作出合理的反应；

（六）网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为采取了相应的合理措施；

（七）其他相关因素。

根据《著作权法》第四十条之规定，录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品，应当取得著作权人许可，并支付报酬。

**本案中，可以从以下几个方面判断网络服务提供者是否构成间接侵权。**

**1.涉案权利作品的知名度。**涉案作品《三体》是中国最具知名度的科幻小说之一，具有很高的商业价值。在涉案权利作品具有较高知名度的情况下，被告某网络技术有限公司应当认识到著作权人通常不会允许他人在向公众开放的网络平台上免费传播其收费作品，其平台上的小说等音频内容系由作者自行上传或由网络用户取得著作权人许可后制作上传的可能性极小，相关音频内容侵害著作权

的可能性极高，某网络技术有限公司对此应当承担更高的注意义务，应在平台的日常经营管理中及时发现。

**2.侵权音频的存在形式及上传者身份。**本案中，大多数音频名称中直接标明“三体”或“刘慈欣”字样，部分主播对于《三体》是全集录制播放，在部分主播播放“三体”音频的页面下方含有“大家还在听”“你可能还喜欢”“优质播单推荐”的链接，链接的主播名称有的包含“三体”，被推荐链接的主播粉丝数达到几千人甚至上万人。被告平台有众多主播传播《三体》音频，有的主播系排名靠前的主播，如银牌独家直播主播、独家内容主播、优秀主播等。对于独家主播等有影响力的主播，某网络技术有限公司对其播出的内容有更高的注意义务。

**3. 是否采取制止侵权的必要措施。**原告某计算机系统有限公司自 2019 年 4 月 1 日即通过邮件向某网络技术有限公司发送侵权通知，并提供了刘慈欣出具的授权书及侵权音频列表，上述通知已构成有效通知。此后，某计算机系统有限公司又多次向某网络技术有限公司发送侵权通知。但被告平台仍有大量侵权音频，包括一些有影响的主播在某计算机系统有限公司发出侵权通知后，均持续在平台提供《三体》音频。因此，某网络技术有限公司在接到原告发送的侵权通知后未能及时作出删除、屏蔽侵权音频或断开链接等合理的反应。

综上，网络服务提供者明知或者应知其平台主播传播侵权音频，其未采取制止侵权的必要措施，构成帮助侵权，应承担相应的民事责任。

## 二、音频作品著作权侵权的权利厘清。

### 1.改编权、复制权和信息网络传播权

音频作品被侵权的情况中，多涉及改编权、复制权、信息网络传播权等著作权权利。对于改编权，《著作权法》上的改编权是指“改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利”。在保留原作品基本表达的情况下，通过改变原作品创作出新作品的行为，属于《著作权法》中规定的改编行为。如果侵权音频仅是针对权利作品仅进行朗读，朗读行为未改变文字表达的方式，不属于改编行为。如果侵权音频改变了原作品的基本表达，产生的新作品，则属于改编行为。对于复制权和信息网络传播权，《著作权法》上的复制权是指“以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利”，信息

网络传播权是指“以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利”。在网站及应用程序上提供案涉作品的有声读物，同时包含了复制和信息网络传播行为，未经著作权人许可的，侵犯了著作权人对权利作品享有的复制权和信息网络传播权。

**2.网络直播侵犯音频著作权的权利类型判断**

直播即直接播送，是一种向公众直接提供内容的实时传播行为。本案中，被控侵权行为系在直播间中朗读权利作品并通过网络进行公开播送的行为，该项传播行为的关键在于通过网络实时直播。网络实时直播采用了非交互式的传播方式，与信息网络传播权所控制的行为不同，公众不能在其个人选定的时间和地点获得作品，只能在指定的时间获得作品。在 2020 年《著作权法》修订之前，网络直播行为侵犯的权利类型不属于第十条第（一）至（十六）项中的任何一项，主要侵犯第十条第（十七）项“应当由著作权人享有的其他权利”，即“他项权”。2020 年《著作权法》修订之后，侵犯的权利应当归为《著作权法》第十条第（十一）项之“广播权”。

本案中，对于被告某网络技术有限公司是否构成侵权。被告某网络技术有限公司提供了主播的用户信息（包括手机号、姓名及身份证），该信息在被告后台显示，网页前台信息仅显示了直播名称及波段号，即使被告某网络技术有限公司提供的主播身份信息系真实，据此可以认定直播行为的实施者为相应主播，但被告某网络技术有限公司与用户之间的《个人直播协议及隐私协议》约定，用户在平台提供直播服务期间产生的所有成果（主播成果）的全部知识产权（包括但不限于著作权、商标权等知识产权以及相关的一切衍生权利）的所有权归平台所有。平台有权对上述知识产权成果进行自主使用并获得收益，包括但不限于编辑、推广、展示，或许可平台网络合作伙伴使用，或提供给平台其他用户搜索、收听、下载、分享等。平台有权以自己的名义对上述用户让渡的知识产权进行单独维权。并且平台直播开设充值入口，向收听直播的用户提供充值赠送金币服务，《主播提现规则》规定了主播提现时，平台亦可以获得一定比例的费用。因此，被告未经原告许可，通过网络公开直播原告享有著作权的作品，直接实施了侵权行为，属于直接侵权行为。

### 三、超过法定赔偿最高限额判赔的考量因素

关于赔偿损失，因原告没有证据证明其因侵权所受到的损失或者被告因侵权所获得的利益，适用法定赔偿。但如果综合案件多种因素，能够证明金额明显超过法定赔偿的最高限额时，可以在法定赔偿最高限额之上酌情确定赔偿数额。

**1.权利作品的知名度。**《三体》的知名度很高，获得多项国际奖项，特别是2015年获得“雨果奖”最佳长篇奖以后，作品的知名度在更大范围内提升。特别是在音频APP行业中，对于知名度较高的作品，向音频软件授权的费用通常较高，对于知名度不高的作品，授权价格则相对较低。

**2.侵权平台的规模及侵权具体事实。**被告某网络技术有限公司的某 APP 规模很大，在音频软件行业内属于头部公司，注册用户、活跃用户及音频节目数量均较大。在如此大的平台上，本案中侵权主播数量多，部分主播粉丝数量多，特别是部分主播对《三体》进行了全集侵权，侵权的规模较大、播放量也很大。被告平台上的侵权行为集中在《三体》热度较高的时间段，在原告发送通知后仍继续侵权行为，也反映出其主观过错程度。

**3.关于赔偿金额的确定。**对于难以证明权利人受损或者侵权人非法获利的具体数额，但有证据证明前述数额确已超过法定赔偿最高限额的，不应适用法定赔偿方法，而应综合全案的证据情况，在法定赔偿最高限额以上合理确定赔偿数额。

**4.侵权成本与侵权所获利益的综合考量。**作为大型音频平台，实施如此大规模的侵权行为，虽然音频大部分是免费提供的，但被告获得的流量及其他利益是很大的，且侵权成本很低，不用付出授权费用就任意大规模、长时间使用权利作品。所以在确定赔偿金额的时候，也要考虑判决的示范和导向作用，如果侵权付出的代价远远小于侵权获得的利益，将会助长侵权行为的发生和持续。案件的判赔应体现出严格保护知识产权，加大赔偿力度的价值导向。

**【相关法条】**

一、《中华人民共和国著作权法》 第五十三条第一款第一项

有下列侵权行为的，应当根据情况，承担本法第五十二条规定的民事责任；侵权行为同时损害公共利益的，由主管著作权的部门责令停止侵权行为，予以警告，没收违法所得，没收、无害化销毁处理侵权复制品以及主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等，

违法经营额五万元以上的，可以并处违法经营额一倍以上五倍以下的罚款；没有违法经营额、违法经营额难以计算或者不足五万元的，可以并处二十五万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

(一)未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，本法另有规定的除外；

二、《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》 第七条第三款

网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的，人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。

撰写人：王潇

来源：上海高院微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/9_O67ICTo2015sODyou_GA

## 实务研究

# 《商标一般违法判断标准》理解与适用

**第一条 为了加强商标管理，强化商标执法业务指导，统一执法标准，根据《中华人民共和国商标法》（以下简称《商标法》）、《中华人民共和国商标法实施条例》（以下简称《商标法实施条例》）以及相关法律法规、部门规章，制定本标准。**

本条明确了《标准》的制定目的和法律依据。

商标，作为标示商品或者服务来源的商业标记，具有私权属性，但其也关系到市场秩序、消费者利益等社会公共利益，从而兼具有公共性和社会性。商标的双重属性，决定了市场主体申请、使用商标的行为应受到必要的约束，以维护商标权利人利益、消费者利益、社会公共利益的平衡。商标执法部门既承担保护商标权的职能，也负责对商标的申请和使用行为进行管理，从而保障商标功能正常发挥，维护商标管理秩序。商标管理在我国商标法律体系中具有重要的地位和作用。《商标法》第一条明确规定加强商标管理是其立法目的和立法宗旨之一，《商标法》第七条第二款规定进一步强调“各级工商行政管理部门应当通过商标管理，制止欺骗消费者的行为” 。《商标法》第六章以专章形式对商标使用行为的管理进行了详细规定。负责商标执法的部门通过商标管理，净化商标注册及使用环

境，保护消费者利益，防范商标侵权行为，促进市场主体规范使用商标，充分发挥商标在市场经济中的作用。

根据 2018 年《国务院机构改革方案》和《国家知识产权局职能配置、内设机构和人员编制规定》，国家知识产权局负责对商标执法工作的业务指导，制定商标执法的检验、鉴定和其他相关标准。根据《全国人民代表大会常务委员会关于国务院机构改革涉及法律规定的行政机关职责调整问题的决定》，《国务院机构改革方案》确定由组建后的行政机关或者划入职责的行政机关承担的，在有关法律规定尚未修改之前，调整适用有关法律规定，由组建后的行政机关或者划入职责的行政机关承担。根据《国务院关于国务院机构改革涉及行政法规规定的行政机关职责调整问题的决定》，《国务院机构改革方案》确定由组建后的行政机关或者划入职责的行政机关承担的，在有关行政法规规定尚未修改或者废止之前，调整适用有关行政法规规定，由组建后的行政机关或者划入职责的行政机关承担。因此，《商标法》《商标法实施条例》规定的原国家工商行政管理总局商标局的商标管理职责，由国家知识产权局承担。国家知识产权局立足职责，在现有商标法律体系框架之下，按照法律、行政法规、部门规章的有关规定，系统梳理、总结提炼多年来商标管理的有益经验与做法，聚焦行政执法实践中的典型问题，制定《标准》，旨在为执法部门依法行政提供具体操作指引，切实加强商标管理。

**第二条 负责商标执法的部门查处商标一般违法行为适用本标准。**

本条是关于《标准》适用范围的规定。

根据有关法律、法规及相关部门的 “三定”规定，负责商标执法的部门是指履行商标执法职能的部门，除了承担商标执法职责的市场监督管理部门，还包括具有商标执法权的知识产权管理部门、综合执法部门等，具体以地方“三定”规定为准。具有商标执法权的知识产权管理部门如上海市浦东新区知识产权局、长沙市知识产权局、广州开发区知识产权局等。

需要指出的是，我国对于商标专用权的保护实行行政保护和司法保护并行的制度。保护注册商标专用权，不仅涉及保护商标权利人法定权利，还涉及保障消费者利益和维护公共秩序，需同时保障私权和公共利益。但商标的管理，在使用

人未侵犯他人注册商标专用权的情况下，仅涉及保障消费者利益和维护公共秩序，因此对其仅进行行政查处，同时，相关行政行为接受司法监督。

**第三条 本标准所称的商标一般违法行为是指违反商标管理秩序的行为。**

**有下列行为之一的，均属商标一般违法：**

**（一）违反《商标法》第六条规定，必须使用注册商标而未使用的；**

**（二）违反《商标法》第十条规定，使用不得作为商标使用的标志的；**

**（三）违反《商标法》第十四条第五款规定，在商业活动中使用“驰名商标”字样的；**

**（四）违反《商标法》第四十三条第二款规定，商标被许可人未标明其名称和商品产地的；**

**（五）违反《商标法》第四十九条第一款规定，商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项的；**

**（六）违反《商标法》第五十二条规定，将未注册商标冒充注册商标使用的；**

**（七）违反《商标法实施条例》第四条第二款和《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十四条、第十五条、第十七条、第十八条、第二十条、第二十一条规定，未履行集体商标、证明商标管理义务的；**

**（八）违反《商标印制管理办法》第七条至第十条规定，未履行商标印制管理义务的；**

**（九）违反《规范商标申请注册行为若干规定》第三条规定，恶意申请商标注册的；**

**（十）其他违反商标管理秩序的。**

本条规定了商标一般违法行为的含义和具体类型。

“商标一般违法”是实践中形成的固定表达，是指仅违反商标管理秩序但未侵害他人商标专用权的行为。“一般违法”中的“一般”是指违法的情形，并非指违法的情节，故“一般违法”不是与“严重违法”相对应的概念，而是与侵犯特定商标专用权的“侵权假冒”相区分的概念。《标准》适用的案件范围主要是违反商标管理秩序的案件。根据《商标法》《商标法实施条例》《集体商标、证

明商标注册和管理办法》《商标印制管理办法》《规范商标申请注册行为若干规定》等法律、法规、规章的相关规定，本条以列举加兜底条款的方式规定了商标一般违法行为包含的十种具体情形，兼具明确性和开放性。这十种情形涉及强制注册、禁止使用、驰名商标宣传、被许可人义务、自行改变注册事项、冒充注册商标、集体商标和证明商标管理、商标印制管理及恶意申请等。

**第四条 根据《商标法》第六条、《中华人民共和国烟草专卖法》第十九条、《中华人民共和国烟草专卖法实施条例》第二十二条和第六十五条规定，卷烟、雪茄烟、有包装的烟丝以及电子烟等新型烟草制品必须使用注册商标，未在中国核准注册的，不得在中国生产、销售。**

**在中国销售的进口卷烟、雪茄烟、有包装的烟丝以及电子烟等新型烟草制品，必须使用在中国核准注册的商标。**

本条规定了强制使用注册商标商品的情形。

《商标法》第四条第一款中规定："自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。"第六条规定："法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。"《商标法》规定了以自愿注册为原则、强制注册为例外的商标注册制度。对于一般的商品或者服务，其经营者希望取得商标专用权的，才需要申请商标注册；法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品或服务，其经营者必须申请商标注册，使用经核准注册的商标，是进入市场的前置条件。

现行法律、行政法规中，对必须使用注册商标的商品或服务作出规定的，只有《中华人民共和国烟草专卖法》和《中华人民共和国烟草专卖法实施条例》。《中华人民共和国烟草专卖法》第十九条第一款规定："卷烟、雪茄烟和有包装的烟丝必须申请商标注册，未经核准注册的，不得生产、销售。"《中华人民共和国烟草专卖法实施条例》第二十二条规定："卷烟、雪茄烟和有包装的烟丝，应当使用注册商标"。第六十五条规定："电子烟等新型烟草制品参照本条例卷烟的有关规定执行。"根据上述规定，必须使用注册商标的商品只限于卷烟、雪茄烟、有包装的烟丝以及电子烟等新型烟草制品。注册商标是指在我国注册的有

效商标，且其核定使用商品应当包括卷烟、雪茄烟、有包装的烟丝以及电子烟等新型烟草制品。进口的烟草制品及进口的电子烟等新型烟草制品也应当遵守上述规定。实践证明，在商标自愿注册的基础上，在部分特殊商品上保留强制注册制度，通过商标管理商品，确有必要。卷烟、雪茄烟、有包装的烟丝以及电子烟等新型烟草制品属于《中华人民共和国烟草专卖法》及其实施条例中规定的严格管控的商品，对其商标注册及管理上也应严格，其使用的商标均应经核准注册后方能使用。

此外，部门规章对其他特殊商品也有强制使用注册商标的规定，如原农业部制定的部门规章《农药标签和说明书管理办法》（2017 年农业部令第 7 号）第三十一条规定："农药标签和说明书不得使用未经注册的商标。标签使用注册商标的，应当标注在标签的四角，所占面积不得超过标签面积的九分之一，其文字部分的字号不得大于农药名称的字号。"

**第五条 使用的未注册商标是否违反《商标法》第十条规定，一般以中国境内公众的通常认识作为判断标准。**

**但有合理充分的理由证明中国境内特定公众认为使用的未注册商标违反了该条第一款第六项至八项规定的除外。**

本条规定了使用的未注册商标是否违反《商标法》禁用规定的判断原则及例外。

《商标法》第十条规定了不得作为商标使用的具体情形。《标准》第五条至第十六条聚焦执法实践中普遍、突出的使用带有民族歧视性、欺骗性、不良影响商标的问题作了细化规定，并对相同或者近似的判定作了原则性规定。

商标是用以区别不同生产经营者所提供的商品或服务的标志，但不是所有的标志都可以作为商标使用。考虑到现行《商标法》的适用范围为中国境内，故其判断标准一般是中国境内公众的通常认识，而非特定的相关公众。然而，实践中不同社会群体对某些特定标志是否属于《商标法》第十条禁用的带有民族歧视性、欺骗性、不良影响等情形往往存在不同的理解。如果特定公众认为特定标志用作商标违反《商标法》第十条第一款第六项至第八项规定，应重点考量理由是否合理充分，进而判断是否属于禁用情形。例如，关于"泰山大帝"，《中国神怪大

辞典》等书籍及中国道家协会网站等网站中记载：东岳泰山大帝为道教众神之一，又有“东岳大帝”“泰山神”“东岳仁圣天齐王”“泰山府君”等称谓，其不但被历代帝王封禅，同时在民间百姓和道教信众中长期受到供奉和膜拜，具有极高的宗教地位。即便官方记载未记载“泰山大帝”为“泰山神”或“东岳大帝”，“泰山大帝”不是“东岳大帝”或“泰山神”称谓的唯一对应，但宗教界机构人士的认知表明，“泰山大帝”指向“泰山神”或“东岳大帝”，具有宗教含义。因此，“泰山大帝”作为商标使用可能对宗教信仰、宗教感情或者民间信仰造成伤害，从而造成不良影响，该标志属于禁用情形。

**第六条 使用的未注册商标是否构成《商标法》第十条第一款规定的相同或者近似，参照《商标审查审理指南》进行判断。**

本条规定了使用的未注册商标与禁用标志相同、近似的判断标准。鉴于商标相同及近似判定的复杂性，《标准》没有详细列举具体的判定标准，而是明确了执法人员应参照《商标审查审理指南》的规定进行判断。在商标执法环节与商标审查环节中，判定商标近似的原则和标准基本是一致的，《商标审查审理指南》是执法部门判定商标是否近似的重要参考。

案例 1 原上海市工商行政管理局查处上海有象文化发展有限公司擅自使用联合国名称和徽记案

上海有象文化发展有限公司是一家主要从事文化交流和会议会展服务的公司。自 2016 年 2 月起，在未经联合国授权同意的情况下，当事人在其官网、微信公众号、微博及其他宣传资料、报名协议等处使用联合国、United Nations 名称及徽记，并以所谓“联合国世界青年峰会”的名义组织招募人员赴美参会，从中获得参会费等违法经营收入 600 余万元。当事人未经联合国授权同意，在经营活动中多处使用“联合国青年峰会”“联合国”“United Nations”字样以及包含“United Nations”字样的峰会徽记和联合国徽记，极易让公众误以为该峰会由联合国授权举办，其行为违反了《商标法》第十条第一款第三项关于同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记等相同或者近似的标志不得作为商标使用，但经

该组织同意或者不易误导公众的除外之规定。原上海市工商行政管理局对当事人作出责令立即改正、罚款 40 万元的行政处罚。

评 析

政府间国际组织的名称、旗帜、徽记是国际组织的象征。该案中，执法机关参照案发时执行的《商标审查及审理标准》，认定涉案人使用的标志与联合国的名称、徽记构成相同或者近似，继而认定违法，并及时予以禁止，有效维护了国际组织的合法权益，同时达到了对社会公众进行宣传教育的目的，树立了法治权威。

案例 2 原江苏省南京市工商行政管理局查处江苏凯蒂食品有限公司擅自使用英国国旗案

2018 年 3 月，原江苏省南京市工商行政管理局接到举报，称江苏凯蒂食品有限公司在经营活动中将英国国旗作为商标使用，涉嫌违反《商标法》有关规定。执法部门即立案调查。经查，当事人自 2016 年 11 月起，经我国台湾龙巧国际有限公司授权许可，在“咖啡馆”等服务中使用第 21621450 号“精典泰迪的奶茶铺 TEA|DRINKS|DESSERT”、第 21388082 号“”、第 21388149 号“”以及第 10904562 号“Classic Teddy”等注册商标，从事奶茶经营业务。当事人为了将使用“精典泰迪的奶茶铺”等商标的产品包装成来自英国的产品，增加消费者对品牌的信任感，在经营过程中擅自在第 21388082 号和 21388149 号商标上添加英国国旗，并在办公招商、门店经营活动中大量使用。当事人还自行设计制作带有英国国旗商标的招商加盟网页和相关文字说明，开展网上招商加盟业务。至案发时，当事人已与他人合作在核心商业街区开设 3 家连锁店，经营额共计 454.1 万元。

执法部门认定当事人的行为构成《商标法》第十条第一款第二项所指使用“同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗等相同或者近似的”标志作为商标使用的行为，依据《商标法》第五十二条规定，作出责令当事人立即停止违法行为、罚款 31.79 万元的行政处罚。

评 析

该案当事人擅自在店铺、网页等多处使用带有英国国旗的商标，试图将其商品包装成所谓外国商品，欺骗消费者。该案也是商标执法部门贯彻《商标法》第七条第二款“通过商标管理，制止欺骗消费者的行为”的具体体现。

**第七条 《商标法》第十条第一款第六项规定的带有民族歧视性，是指使用未注册商标的文字、图形或者其他构成要素带有对特定民族进行丑化、贬低或者其他不平等看待该民族的内容。**

本条规定了带有民族歧视性的含义。

中国是统一的多民族国家，各民族一律平等。为了维护民族团结，任何带有民族歧视性的标志禁止作为商标使用。民族歧视性包括丑化、贬低及其他不平等看待特定民族的情形。民族歧视性的判定应综合考虑商标的构成及其指定使用的商品或者服务。有些与民族或种族有关的文字、图形等，其本身可能不具有歧视性含义，但使用在某些特定商品或服务上，也可能产生歧视效果。需要注意的是，标志本身及其构成要素与民族名称相同或者近似，并丑化或者贬低特定民族的，适用《商标法》第十条第一款第六项“带有民族歧视性”的规定；若标志本身不具有歧视性含义，但使用可能伤害民族感情的，适用《商标法》第十条第一款第八项 “有其他不良影响”的规定。

**第八条 《商标法》第十条第一款第七项规定的带有欺骗性，是指商标对其使用商品或者服务的质量等特点或者产地作了超过其固有程度或者与事实不符的表示，易使公众对商品或者服务的质量等特点或者产地产生错误的认识。**

但公众基于日常生活经验等不会对商品或者服务的质量等特点或者产地产生误认的除外。

本条规定了带有欺骗性的含义。

为了保护消费者利益，禁止使用夸大商品或服务功能、作用等的标志，防止其掩盖商品或服务在质量、主要原料、功能、用途、产地等方面的真相。例如，在卷烟商品上使用“健康”，在药品商品上使用“包治”等。判断相关标志是否带有欺骗性，应当从社会公众的普遍认知水平及认识能力出发，结合其使用的商品或者服务特点等予以综合判断。此外，需考虑公众对商品或者服务的质量等特

点或者产地产生错误认识的可能性。例如“好土”用于“鸡蛋”商品上，易使消费者对商品的品质、质量、培育方式等特点产生误认，属于《商标法》第十条第一款第七项规定的带有欺骗性。

公众基于日常生活经验等不会对商品或者服务的质量等特点或者产地产生误认，例如 “蓝色阳光”用在太阳能热水器商品上，由于普通消费者基于生活常识不会误认为阳光为蓝色的，因此不宜认定该商标使用在太阳能热水器商品上带有欺骗性。

**第九条 使用的未注册商标有下列情形之一的，均属《商标法》第十条第一款第七项规定的带有欺骗性：**

**（一）易使公众对商品或者服务的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量以及其他特点产生误认的；**

**（二）易使公众对商品或者服务的产地产生误认的；**

**（三)其他对使用商品或者服务的质量等特点或者产地作了超过其固有程度或者与事实不符的表示、易使公众产生误认的。**

本条通过列举加兜底条款的方式规定了带有欺骗性包含的具体情形。

一是易使公众对商品或者服务的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量以及其他特点产生误认。例如，“国宾”通常指接受国家元首或者政府首脑的正式邀请，到该国进行访问的外国元首或政府首脑。“国宾”作为商标使用在豆腐制品等商品上，易使公众认为其系专门用于宴请前来访问的外国元首或政府首脑的专用食品，从而对其质量等特点产生误认。再如，“小麦白啤酒”，其直接表示了啤酒的原料，指定使用在“姜汁啤酒”商品上易使相关公众对商品的原料特点产生误认。

二是容易使公众对商品或者服务的产地产生误认。将地名使用在商品或者服务上，相关公众通常会将其作为产地标记认知，而商品或者服务实际产地与所用地名不一致的，则会使相关公众发生产地误认。例如，当事人的生产经营地址在安徽省合肥市，而在其生产的商品上使用“西递宏村”标志，因该商品并非来自安徽省黄山市黟县的皖南古村落，易使公众对商品的产地产生误认。需注意此处

的“产地”包括两种情形：第一种情形是其具有唯一含义，即不具有除地名之外的其他含义；第二种情形是其有多重含义，但与其使用的商品相联系，相关消费者易将商品的品质等特点与该词的地名含义相联系，从而产生误认。

三是其他误认情形。例如，未承担国家物资储备工作的市场主体在计算机网络在线广告服务上使用“央储”标志。“央储”有中央储备之意，如常见的中央储备粮，是指中央政府储备的用于调节全国粮食供求总量，稳定粮食市场，以及应对重大自然灾害或者其他突发事件等情况的粮食和食用油。

**第十条 《商标法》第十条第一款第八项规定的有害于社会主义道德风尚，是指损害中国公众共同生活及其行为的准则、规范以及在一定时期内社会上流行的良好风气和习惯。**

本条规定了有害于社会主义道德风尚的含义。

《商标法》第十条第一款第八项“有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响”与《中华人民共和国民法典》规定的 “违背公序良俗”的内涵是一致的。公序良俗原则作为民法的一条基本原则，具有填补法律漏洞的功效，同时包含了裁判者自由裁量的因素而具有较大的灵活性，在民商事法律中被广泛使用。公序良俗原则包括公共秩序和善良风俗两方面，维护着国家利益和社会公德。对比来看，《商标法》中的“社会主义道德风尚”与“善良风俗”的含义基本一致。

社会主义道德风尚，通常指与中国特色社会主义的经济、政治、文化状况相适应，一定时期社会上普遍流行的道德现念、善恶标准、道德行为模式和道德心理习惯等。有害于社会主义道德风尚即对此良好风气和习惯的损害，例如“包二奶”“黑社会”“泼妇”等。

**第十一条 《商标法》第十条第一款第八项规定的其他不良影响，是指标志的文字、图形或者其他构成要素具有贬损含义，或者该标志本身虽无贬损含义但作为商标使用，易对中国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极、负面的影响。**

本条规定了“其他不良影响”的含义。

需要注意，一是“其他不良影响”须排除“有害于社会主义道德风尚”的适用，即该不良影响不包括“有害于社会主义道德风尚”。二是“其他不良影响”包括标志本身具有贬损含义，如“闯红灯”等，也包括标志本身没有贬损含义，但作为商标使用，易产生消极、负面影响，如使用与政治、经济、文化、宗教、民族等领域公众人物的姓名、肖像等相同或者近似的商标，可能对我国社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响。三是具体判定时需考虑商标的使用主体，如新冠疫情防控期间，武汉火神山医院和雷神山医院分别在医院等服务上使用“火神山”和“雷神山”商标没有不良影响，但其他无关主体将“火神山”“雷神山”作为商标使用易产生不良影响。

**第十二条 使用的未注册商标有下列情形之一的，均属《商标法》第十条第一款第八项规定的其他不良影响：**

**（一）对国家安全、国家统一有危害的；**

**（二）对国家主权、尊严、形象有损害的；**

**（三）有害于民族、种族尊严或者感情的；**

**（四）有害于宗教信仰、宗教感情或者民间信仰的；**

**（五）与恐怖主义组织、邪教组织名称相同或者近似的；**

**（六）与突发公共事件特有名称相同或者近似的；**

**（七）商标或者其构成要素与政治、经济、文化、宗教、民族等公众人物的姓名、肖像等相同或者近似，对社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响的；**

**（八）其他对公共利益和公共秩序产生消极、负面影响的。**

本条对其他不良影响包含的具体情形进行了细化规定。

本条以列举加兜底条款的方式规定了不良影响包含的八种具体情形。一是对国家安全、国家统一有危害的，例如“ ”；二是对国家主权、尊严、形象有损害的，例如“福爾摩莎”（该标志系殖民者对我国台湾的称谓）；三是有害于民族、种族尊严或者感情的，例如“ ”；四是有害于宗教信仰、宗教

感情或者民间信仰的，例如“ 观音 KUAN YIN ”；五是与恐怖主义组织、邪教组织名称相同或者近似的，例如“ 拉登 LADENG ”；六是与突发公共事件特有名称相同或者近似的，例如“ 新型冠状 XINXINGGUANZHUANG ”；七是与公众人物的姓名、肖像等相同或者近似的，例如“鲁迅”；八是兜底条款，例如“老鼠仓”。

需要注意的是，当商标标志或者其构成要素与特定行业、地域的知名人物姓名、肖像等相同或近似，并由此导致公众对商标指定使用的商品或者服务的质量、信誉、工艺等特点产生误认时，构成《商标法》第十条第一款第七项规定的情形，例如在资本投资服务上使用“沃伦巴菲特”商标。当商标标志或者其构成要素与政治、经济、文化、宗教、民族等领域公众人物的姓名、肖像等相同或近似，可能对我国社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响时，构成《商标法》第十条第一款第八项规定的“其他不良影响”的情形，例如“孔子”。

**第十三条 判断使用的未注册商标是否有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响，应当综合考量以下因素以及各因素之间的相互影响：**

**（一）该商标使用时的政治背景、社会背景、历史背景、文化传统、民族风俗、宗教政策等；**

**（二）该商标的构成要素以及其使用的商品或者服务；**

**（三）使用人的主观意图、使用方式以及使用行为所产生的社会影响等。**

**公众日常生活经验，或者辞典、工具书等记载，或者相关公众的通常认识，可以作为有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的判断依据。**

本条规定了判断有害于社会主义道德风尚及其他不良影响应当考虑的因素。

一是商标使用时的政治背景、社会背景、历史背景、文化传统、民族风俗、宗教政策等。在不同历史时期，标志的含义会随着事实状态的改变发生变化，一般以相关标志使用时所处的历史情境作为判断基准。

二是商标的构成要素以及其使用的商品或者服务。例如，与烈士名字相同或含有烈士名字的标志，应结合该标志构成要素、指定的商品或者服务、使用人所在地域与烈士的关联程度等，综合判断相关标志的使用是否可能损害烈士的荣誉、名誉，产生其他不良影响。

三是使用人的主观意图、使用方式以及使用行为所产生的社会影响等。需要注意的是，该因素仅作为参考因素，不作为必然考量因素。例如，“要疯”作为商标使用，直观含义与不健康的精神状态相关，会对社会产生消极、负面影响，但该商标的使用人主观上未必认为其为不健康的精神状态。

此外，要综合考虑各个因素之间的相互影响。即在特定的背景下，特定的标志被特定的人使用在特定的商品或者服务上，也可能产生不良影响。

**第十四条 使用的未注册商标具有多种含义，其中某一含义易使公众认为其属于《商标法》第十条第一款第六项至八项规定情形的，可以认定违反该款规定。**

本条规定了未注册商标具有多种含义时适用禁用条款的判断原则。

文字标志时常具有多种含义，只要相关标志的某一种含义违反禁用情形，就不能作为商标使用。例如，“GODFATHER”中文译为“教父”，其本身具有多种含义，其在基督教中指在制定或阐述教义方面具有权威的神学家。将该标志作为商标使用在磨具（手工具）等商品上易伤害宗教感情，且相关宗教含义并未泛化至不会使公众将其与特定宗教相联系的程度，易造成不良影响，属于禁用情形。

案例 3 第 15740333 号“叫个鸭子及图”商标驳回复审案

第 15740333 号“叫个鸭子及图”商标由北京味美曲香餐饮管理有限公司于 2014 年 11 月 19 日提出注册申请，指定使用在第 43 类“住所代理（旅馆、供膳寄宿处）、烹饪设备出租”等服务上。原国家工商行政管理总局商标局认为，“叫个鸭子及图”用作商标格调不高，易产生不良社会影响，已构成《商标法》第十条第一款第八项所指情形，驳回注册申请。经原国家工商行政管理总局商标评审委员会复审，决定驳回。申请人不服，向法院提起行政诉讼。北京知识产权法院一审判决维持原商标评审委员会驳回决定，北京市高级人民法院二审判决撤销原商标评审委员会驳回决定。原商标评审委员会不服，向最高人民法院提出再审申

请。最高人民法院于 2018 年 12 月 24 日作出（2018）最高法行再 188 号行政判决书，判决撤销二审判决，维持一审判决。

## 评 析

《商标法》第十条第一款第八项规定，有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的标志不得作为商标使用。商标标志有悖于一定时期社会公认的行为准则、价值观念、道德标准的，属于该规定所指有害于社会主义道德风尚的情形。判断商标标志是否构成上述情形，应综合考虑其文字组合、构词方式、应用语境、使用商品、接触人群等特点。“鸭子”通常指一种家禽，但在一定语境中也有“提供色情服务的男性”的第二种含义。社会公众接触到“鸭子”一词时是将其作为通常含义认知，还是作为第二种含义认知，与其前后语境和作为商标使用的具体情境密切相关。该案中，“叫个鸭子”中“叫”为谓语动词，“个”为量词，与餐饮行业中订餐时常用的谓语和量词明显不同，“叫个”+“鸭子”的特殊构词方式形成的语境容易使人将“鸭子”与前述第二种含义相联系，对“叫个鸭子”整体产生“购买男性色情服务”的低俗联想。此外，“叫个鸭子”品牌在营销过程中使用的广告宣传用语、营销战术等具有“引人遐想”的暗示性。申请人还同时申请注册了“满足你对鸭子的一切幻想”“招只鸡来”商标，强化了这种低俗联想。虽然诉争商标整体组合中尚有鸭子的具象图形，但是相比而言，文字的认读、呼叫和传播功能更强，更易产生社会影响，鸭子图形并不能冲淡或者抵消“叫个鸭子”文字所产生的低俗暗示。

商标是附着在商品上进入公共领域的商业标志，除了承载企业商誉之外，还负载着一定的价值传扬和文化传播功能。该案申请注册的商标指定使用在“饭店”等服务上，其在公共领域中的实际接触者和影响力范围存在广泛性和不确定性，商标所体现的文化格调和价值内涵能够通过其使用被广泛传播。申请人通过商标标志的低俗暗示打擦边球、制造营销噱头、吸引公众关注的行为本身也容易对公共秩序、营商文化、社会道德风尚产生不良影响。因此，该案申请注册的商标已构成《商标法》第十条第一款第八项所指“有害于社会主义道德风尚”的情形，应禁止注册使用。

**第十五条 国家知识产权局认定商标注册申请违反《商标法》第十条规定且相关决定、裁定生效后，商标申请人或者他人继续使用该商标的，负责商标执法的部门依法查处。**

本条规定了申请注册商标被认定违反禁用规定，相关当事人仍使用该商标的处理。

申请注册商标被国家知识产权局认定违反禁用条款，相关当事人仍使用的，负责商标执法的部门应依法进行查处。根据《商标法》第五十二条的规定，“由地方工商行政管理部门予以制止，限期改正，并可以予以通报，违法经营额五万元以上的，可以处违法经营额百分之二十以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，可以处一万元以下的罚款。”

需要强调的是，商业活动中使用违反《商标法》第十条规定的未注册商标，可能正在申请商标注册或者已经被国家知识产权局决定驳回、不予核准注册或宣告无效，也可能从未申请商标注册而直接使用。经营者实际使用的未注册商标是否违反《商标法》第十条规定，无须以国家知识产权局决定或裁定为先决条件，地方商标执法部门有权径行查处。实践中，存在当事人不知道其使用的未注册商标涉嫌违反《商标法》第十条规定而使用的情况。对此，可以根据当事人的主观过错情况，适用《中华人民共和国行政处罚法》（以下简称《行政处罚法》）第三十三条第二款规定。对于已经向国家知识产权局申请注册，并被生效的通知或者决定认定为违反《商标法》第十条规定后，商标申请人继续使用该商标的，则属于知法犯法，主观过错明显，应当予以行政处罚。此外，国家知识产权局在中国商标网上公开了商标注册申请信息以及审查结果，对于商标申请人之外的他人而言，通过检索，可以知晓某商标注册申请是否被驳回；若其明知或应知该商标注册申请因违反《商标法》第十条规定而被驳回，仍继续使用该商标的，则存在主观过错，应当依法查处。

**第十六条 负责商标执法的部门发现已经注册的商标涉嫌违反《商标法》第十条规定的，应当逐级报告国家知识产权局，由国家知识产权局按照规定程序依法处理。国家知识产权局作出宣告注册商标无效的决定生效后，商标注册人或者他人继续使用该商标的，负责商标执法的部门应当依法查处。**

本条规定了负责商标执法的部门发现已经注册的商标违反禁用条款的处理。

《商标法》第四十四条第一款规定："已经注册的商标，违反本法第四条、第十条、第十一条、第十二条、第十九条第四款规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局宣告该注册商标无效；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。"依照该款规定，对于违反《商标法》第十条规定的注册商标，可以由国家知识产权局依职权宣告该注册商标无效。负责商标执法的部门发现已经注册的商标涉嫌违反《商标法》第十条规定的，可以报告的形式反映问题、提出意见。同时，为维护商标注册人的权益，本条规定"逐级报告"，明确对相关案件市、省两级要审核把关，并最终由省级知识产权管理部门向国家知识产权局报告。国家知识产权局在收到省级知识产权管理部门的报告后，依照《商标法》有关规定，按照《商标审查审理指南》，结合案情，决定是否依职权宣告该注册商标无效。

《商标法》第四十六条规定："法定期限届满，当事人对商标局宣告注册商标无效的决定不申请复审或者对商标评审委员会的复审决定、维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定不向人民法院起诉的，商标局的决定或者商标评审委员会的复审决定、裁定生效。"依照该条和《中华人民共和国行政诉讼法》有关规定，法定期限届满，当事人对国家知识产权局的宣告注册商标无效的决定不复审，或者对复审决定不起诉，或者起诉后法院生效判决维持复审决定的，宣告注册商标无效的决定生效。注册商标被宣告无效后，商标注册人或者他人继续使用该商标的，则属于明知故犯，主观过错明显，负责商标执法的部门应当依照《商标法》第五十二条规定予以查处。

**第十七条 违反《商标法》第十四条第五款规定的，应综合考虑违法行为的情节、危害后果、主观过错等因素，依照《商标法》第五十三条和《中华人民共和国行政处罚法》第三十三条规定处理。**

本条规定了在商业活动中使用"驰名商标"字样的处理。

驰名商标是知识产权领域重要的法律概念，其源于《保护工业产权巴黎公约》《与贸易有关的知识产权协议》等国际条约。驰名商标的认定和保护是国际通行

做法，也是我国《商标法》的重要内容，对于规制恶意商标注册申请、打击商标违法行为、维护公平竞争秩序和商标权利人合法权益具有重要作用。

我国 2001 年第二次修改《商标法》时，为履行参加的国际公约义务，在《商标法》中引入了驰名商标制度。《保护工业产权巴黎公约》对驰名商标建立特别的保护制度，本意在于驰名商标为相关公众所熟知，相比普通商标容易在更大的范围造成混淆，为保障商标识别商品或者服务来源的功能，需要在更大的范围内禁止注册、使用与驰名商标相同或者近似的商标。驰名商标认定是对商标驰名事实的法律确认，主要用于判断相关商标注册、使用是否可能造成混淆、误导，而不是对该商标或者其使用的商品或者服务赋予特定的身份。因此，只有在商标的申请注册、使用发生纠纷的时候，才需要认定一方的商标是否为驰名商标。这是国际通行做法。然而，驰名商标法律制度在我国实施过程中，部分企业误将驰名商标当作一种荣誉称号，将广告效应作为申请认定驰名商标的直接和主要目的，商标权的保护却成了一种辅助功能，这种做法明显偏离了驰名商标法律制度的初衷和立法本意。此外，把驰名商标当成荣誉称号进行片面宣传，误导消费者，扰乱了公平竞争的市场秩序。为厘清驰名商标制度，使其回归立法本意，2013 年第三次修改《商标法》时，增加了对驰名商标的使用限制条款："生产、经营者不得将'驰名商标'字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。"

为切实做好该新增条款的法律适用工作，避免企业受到不必要的损失，原国家工商行政管理总局在《工商总局关于执行修改后的〈中华人民共和国商标法〉有关问题的通知》（工商标字〔2014〕81 号）中明确："对于将'驰名商标'字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中的行为，适用修改后的商标法处理。但是，对于将'驰名商标'字样用于商品、商品包装或者容器上并于 2014 年 5 月 1 日以前已经进入流通领域的除外。"为避免企业正当使用"驰名商标"字样的行为被错误打击，原国家工商行政管理总局商标局在《关于企业在自建网站上使用驰名商标字样等有关问题的批复》（商标监字〔2016〕601 号）中明确："企业的商标获得驰名商标认定并给予扩大保护是企业全面加强商标创造、运用、管理、保护工作的成果。该认定保护记录是一种客观事实，企业在网站上或其他经营活动中对自己商标获得驰名商标扩大保护的记录做事实性陈述，没有突出使用'驰名商标'字样行为的，不属于《商标

法》第十四条第五款所述的违法行为。”2019 年 11 月，国家知识产权局印发《关于加强查处商标违法案件中驰名商标保护相关工作的通知》（国知发保函字〔2019〕229 号），进一步强调各级知识产权管理部门在日常工作中要引导企业正确认识驰名商标认定和保护制度，企业可在经营活动中对商标获得驰名商标保护的记录作事实性陈述。

禁止使用“驰名商标”字样进行商业宣传，对于纠正驰名商标制度认识上的偏差和实施中的异化具有很强的针对性，是一定时期内营造正常商标秩序的必要举措。同时，为了更好地保护驰名商标，激发市场活力，负责商标执法的部门应当在执法中正确区分“驰名商标”字样正当使用与违法使用的界限，既要防止滥用驰名商标，也要避免企业的正当使用行为遭受错误打击。此外，对于违反《商标法》第十四条第五款规定的行为，要依照《商标法》第五十三条规定和《行政处罚法》第三十三条规定，作出与其违法行为的情节、危害后果、主观过错相适应的处理。如生产经营者在商业活动中使用“驰名商标”字样，但能及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。各地在完善行政处罚裁量、保障过罚相当方面作了有益实践。如深圳市市场监督管理局出台的《深圳市市场监管轻微违法行为不予处罚及减轻处罚清单》（深市监〔2019〕799 号）、上海市市场监管局联合上海市司法局发布的《市场监管领域轻微违法违规经营行为免罚清单（二）》（沪市监规范〔2021〕6 号）均对涉及驰名商标宣传的违法行为作了过罚相当的规定。

### 案例 4　原北京市工商行政管理局朝阳分局查处马兰拉面快餐连锁有限责任公司店内宣传材料使用驰名商标案

2014 年 4 月 23 日，原北京市工商行政管理局朝阳分局就《商标法》的第三次修改及实施，向马兰拉面快餐连锁有限责任公司进行了宣传，并送交了京工商朝商标行提字（2014）第 004 号《行政提示书》，明确提示了《商标法》第十四条第五款、第五十三条的规定，并告知了该法的实施时间。2014 年 6 月 6 日，原北京市工商行政管理局朝阳分局接到消费者投诉举报，在进行检查时发现：2014 年 5 月 1 日至 6 月 10 日，马兰拉面快餐连锁有限责任公司在其北京华严里分店内，摆放含有“马兰拉面”注册商标图形及“中国驰名商标”字样的易拉宝。

此易拉宝主要用于马兰拉面快餐连锁有限责任公司销售会员卡的商业活动的宣传。涉案分店是马兰拉面快餐连锁有限责任公司直营店，涉案分店中的易拉宝及宣传内容是由该公司统一制作并用于各连锁店摆放。原北京市工商行政管理局朝阳分局于 2015 年 3 月 6 日对该公司作出京工商朝处字（2015）第 2808 号《行政处罚决定书》，根据《商标法》第十四条第五款、第五十三条的规定，责令改正违法行为，并罚款 10 万元。

马兰拉面快餐连锁有限责任公司不服行政处罚，以涉案易拉宝上显示的“驰名商标”字样系在 2014 年 5 月 1 日前制作完成并进行展示，该行为并未违反 2014 年 5 月 1 日前有效实施的法律法规等理由，提起行政诉讼。北京市朝阳区人民法院于 2015 年 11 月 17 日作出（2015）朝行（知）初字第 221 号行政判决书，驳回马兰拉面快餐连锁有限责任公司的诉讼请求。

**第十八条 《商标法》第四十九条第一款所称自行改变注册商标，是指商标注册人擅自对注册商标的文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合、声音等构成要素作局部改动或者变换相对位置，影响对该注册商标的认知或者识别，仍标明“注册商标”或者注册标记的。**

本条规定了自行改变注册商标的含义。

商标注册是取得商标专用权的法定程序。使用注册商标，需要改变注册商标的文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合、声音等以及上述要素的组合的，是对商标权客体的改变，应当重新提出商标注册申请，并且在该商标核准注册后方能作为注册商标使用。自行改变注册商标，是商标法禁止的行为，应承担相应的法律后果。

自行改变注册商标，一般是指在不改变商标显著特征前提下的改变，即商标主体及其表现形式均未进行实质性改变，且改变后仍标明注册商标或者标注注册标记。若相关改变导致注册商标构成要素的实质性变化，变成另一个商标，改变后的商标又未注册且仍标明注册商标或者标注注册标记的，构成未注册商标冒充注册商标的违法行为。需要强调的是，若注册商标经变形、修改从而导致违反《商标法》第十条规定的，应按照《商标法》第五十二条规定进行处罚；若构成《商标侵权判断标准》第二十二条所述情形，则属于商标侵权行为，应按照《商标法》

第六十条第二款规定进行处罚。对同时违反多个法律规范的竞合行为，按照《行政处罚法》第二十九条规定，按照罚款数额高的规定处罚。

案例 5 河北省唐山市丰润区市场监督管理局查处唐山市丰润区晨源金属制品厂自行改变注册商标案

北新集团建材股份有限公司在第 6 类轻钢龙骨等商品上注册第 5443945 号“龙牌”商标、第 14821518 号“龙牌”商标。个体工商户霍某某在建筑用金属架等商品上注册第 14489152 号“今德龙”商标。2020 年 11 月，河北省唐山市丰润区市场监督管理局接到北新集团建材股份有限公司投诉，称唐山市丰润区晨源金属制品厂（经营者：霍某某）制售的“今德龙牌®”轻钢龙骨与该公司的“龙牌”轻钢龙骨相混淆，构成了不正当竞争行为。唐山市丰润区市场监督管理局认为，当事人唐山市丰润区晨源金属制品厂经营者拥有“今德龙”注册商标，当事人在其制售的轻钢龙骨上标注“今德龙牌®”字样，属于《商标法》第四十九条规定的“自行改变注册商标”，但“今德龙牌®”商标标识不足以与北新集团的“龙牌”注册商标相混淆，故当事人的上述行为不构成不正当竞争。唐山市丰润区市场监督管理局向当事人下达了《责令改正通知书》，责令当事人限期改正违法行为。

评 析

“牌”字在商标中显著性不强，该案当事人在注册商标“今德龙”后加“牌”字并标注注册标记，并未改变注册商标的显著特征，不会使相关公众认为改变后的商标系投诉人的注册商标，故不构成冒充注册商标，而属于自行改变注册商标。

**第十九条 将卷烟整体包装作为商标注册的，其按照国家有关规定加注警语、修改警语内容和警语区面积造成卷烟商标改变并使用的行为，不视为违反《商标法》第四十九条第一款的规定。**

本条规定了卷烟商标改变的例外情形。

实践中，许多卷烟商标涉及将烟盒整体包装进行注册的情形。我国是《烟草控制框架公约》的缔约国，为履行相关承诺，国家烟草专卖局、原国家质量监督检验检疫总局制定《中华人民共和国境内卷烟包装标识的规定》，该规定对卷烟包装的警语内容、警语区等内容作了强制性规定。卷烟商品加注警语后，会导致烟盒整体包装发生较大变化。为支持和配合全国卷烟包装标识的调整工作，原国家工商行政管理总局于 2016 年发布的《关于卷烟包装标识调整后商标执法工作中有关问题的通知》（工商标字〔2016〕241 号）指出，卷烟商标改版属于政府在全国范围内统一的强制性调整行为，各地工商行政管理和市场监管部门在执法过程中，对将卷烟全包装作为商标注册的企业按照《中华人民共和国境内卷烟包装标识的规定》修改警语内容和警语区面积造成卷烟商标改变并使用的行为，不视为《商标法》第四十九条第一款规定的自行改变注册商标的行为。

为履行《烟草控制框架公约》，《标准》延续原有关规定，对于将卷烟包装整体进行注册的商标进行豁免规定。需要强调的是，如果商标注册人在使用卷烟商标时进行了其他改动，仍需依据《商标法》第四十九条规定进行查处。

**第二十条 有下列情形之一的，均属《商标法》第四十九条第一款规定的自行改变商标注册事项：**

**（一）商标注册人名义（姓名或者名称）发生变化后，未依法向国家知识产权局提出变更申请的；**

**（二）商标注册人地址发生变化后，未依法向国家知识产权局提出变更申请，或者商标注册人实际地址与《商标注册簿》上记载的地址不一致的；**

**（三）除商标注册人名义、地址之外的其他注册事项发生变化后，商标注册人未依法向国家知识产权局提出变更申请的。**

本条规定了自行改变注册事项的情形。

《商标法》第四十一条规定：“注册商标需要变更注册人的名义、地址或者其他注册事项的，应当提出变更申请。”第四十九条第一款规定：“商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册

事项的，由地方工商行政管理部门责令限期改正；期满不改正的，由商标局撤销其注册商标。”自行改变注册事项包括以下三类情形：

一是自行改变注册商标的注册人名义，指商标注册人名义（姓名或者名称）发生变化后，未依法向国家知识产权局提出变更申请，或者实际使用注册商标的注册人名义与《商标注册簿》上记载的注册人名义不一致。

二是自行改变注册商标的注册人地址，指商标注册人地址发生变化后，未依法向国家知识产权局提出变更申请，或者商标注册人实际地址与《商标注册簿》上记载的地址不一致。

三是自行改变注册商标的其他注册事项，指除商标注册人名义、地址之外的其他注册事项发生变化后，注册人未依法向国家知识产权局提出变更申请。《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十四条规定：“集体商标注册人的成员发生变化的，注册人应当向商标局申请变更注册事项，由商标局公告。” 第十三条规定：“集体商标、证明商标的初步审定公告的内容，应当包括该商标的使用管理规则的全文或者摘要。集体商标、证明商标注册人对使用管理规则的任何修改，应报经商标局审查核准，并自公告之日起生效。”因此，《商标法》第四十九条第一款规定的其他注册事项，包括集体商标注册人的成员、集体商标或证明商标的使用管理规则。若使用集体商标的集体成员与国家知识产权局公告的该集体商标的成员不一致，或者使用集体商标、证明商标的商品的品质与国家知识产权局公告的该商标使用管理规则规定的品质不一致，均构成自行改变注册商标的注册事项。

**第二十一条 商标注册人自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项，由负责商标执法的部门责令限期改正；期满不改正的，负责商标执法的部门逐级报告国家知识产权局，由国家知识产权局按照规定程序依法处理。**

本条规定了自行改变注册商标注册事项的处理。

针对当事人自行改变注册商标注册事项的行为，由负责商标执法的部门责令限期改正；期满不改正的，负责商标执法的部门应逐级报告国家知识产权局，由国家知识产权局按照规定程序依法处理。根据《商标法》第四十九条第一款的规定，“商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、

地址或者其他注册事项的，由地方工商行政管理部门责令限期改正；期满不改正的，由商标局撤销其注册商标。”

**第二十二条 《商标法》第五十二条所称的冒充注册商标，是指在使用未注册商标的商品、商品包装、容器、服务场所以及交易文书上或者在广告宣传、展览以及其他商业活动中，标明“注册商标”，或者在未注册商标上标注注册标记，或者在未注册商标上标注与注册标记近似的符号，误导相关公众的。**

本条规定了冒充注册商标的含义。

冒充注册商标指在未注册商标上标注“注册商标”或注册标记（®或 ），或者在未注册商标上标注与注册标记近似的符号。区分自行改变注册商标和冒充注册商标的基本原则是，对注册商标作局部或轻微等未改变商标显著特征的改动，改变后的商标相关公众仍认为是同一商标，且改变后的商标仍标明注册商标或者标注注册标记的，属于自行改变注册商标注册事项。例如，当事人注册商标为“ ”，而实际使用“ ”，仅增加非显著性元素，未改变该商标显著特征，且仍标明注册商标或者标注注册标记的，属于自行改变注册商标。对注册商标的主体部分或显著部分进行较大或者根本性的改变，足以使相公公众认为改变后的商标为一件新商标，且仍标明注册商标或者标注注册标记的，则属于冒充注册商标。例如，当事人注册商标为“ XUEBINGYUANSU ”，实际使用为“ ”，将“元素”两字缩得较小，显著部分为“雪水”，与原注册商标相比较，发生了根本性改变，已成为一个新的商标，在该标志上标注注册标记的行为属于冒充注册商标行为。

**第二十三条 商标注册人或者使用人有下列行为之一的，均属《商标法》第五十二条规定的冒充注册商标：**

**（一）使用未向国家知识产权局提出注册申请的商标且标明“注册商标”或者标注注册标记的；**

**（二)使用向国家知识产权局提出注册申请但被驳回或者尚未核准注册的商标且标明“注册商标”或者标注注册标记的；**

**（三）注册商标被撤销、被宣告无效、因期满未续展被注销或者申请注销被核准后，继续标明“注册商标”或者标注注册标记的，但在注册商标失效前已进入流通领域的商品除外；**

**（四）超出注册商标核定使用的商品或者服务而使用该商标且标明“注册商标”或者标注注册标记的；**

**（五）改变注册商标的显著特征后仍标明“注册商标”或者标注注册标记的；**

**（六）组合使用两件以上注册商标且标注注册标记，但未按照注册商标逐一标注注册标记的；**

**（七）标明“注册商标”或者标注注册标记的进口商品，该商标未在中国注册且未声明的。**

商标注册人或者使用人的上述行为，同时构成《商标法》第五十七条规定的侵犯他人注册商标专用权的，负责商标执法的部门应当依照《商标法》第六十条第二款规定查处；涉嫌犯罪的，应当及时移送司法机关依法处理。

本条以列举的方式规定了七种冒充注册商标的情形。

这七种情形包括商标未向国家知识产权局申请注册，商标虽已提出注册申请但被驳回或尚未核准，已注册商标被撤销、被宣告无效、因期满未续展被注销或者申请注销被核准，超出核定使用范围使用注册商标，改变注册商标显著特征，组合使用注册商标未逐一标注，进口商品使用的商标上标明“®”但该商标未在国内注册且未声明。

案例 6 北京市朝阳区市场监督管理局查处娜姆生活（北京）贸易有限公司冒充注册商标案

都戴迪股份有限公司于 2015 年 1 月 28 日在第 3 类化妆品等商品上注册第 13518593 号“NAMU LIFE 娜姆生活”商标。娜姆生活（北京）贸易有限公司在取得商标注册人的授权后，在“有赞微商城”电商平台上注册了名为“SNAILWHITE 施妮薇”的

店铺，于 2017 年 9 月起将“NAMU LIFE”商标用作其网店的标识，并在其右上角标注了注册标记；此外，当事人在自己的网站、微信公众号、微博账号同样使用了该商标。

北京市朝阳区市场监督管理局认为，都戴迪股份有限公司已注册的“NAMU LIFE 娜姆生活”商标为英文+中文的组合商标，而“NAMU LIFE”商标为纯英文商标，二者不是同一商标；2019 年 4 月 25 日，都戴迪股份有限公司向国家知识产权局申请注册了第 37773101 号“NAMU LIFE”商标，但案发时该商标处于初审公告期，尚未被核准注册，在中国境内仍属于未注册商标。综上，北京市朝阳区市场监督管理局认定当事人在“NAMU LIFE”商标的右上角标注注册标记，属于将未注册商标冒充注册商标使用的违法行为。北京市朝阳区市场监督管理局依照《商标法》第五十二条的规定，对当事人作出罚款 5 万元的行政处罚。

评 析

即便在国外已获准注册的商标，如果在中国未核准注册，在中国使用时不可标明“注册商标”或者标注注册标记。在中国，只有经国家知识产权局核准注册的商标，才是注册商标；处于注册申请过程中的商标，不可标明“注册商标”或者标注注册标记。

## 案例 7 浙江省龙泉市市场监督管理局查处冒充及自行改变“龙泉宝剑”注册商标案

第 130250 号“”商标于 1979 年 10 月 31 日获准注册，商标注册人为龙泉县宝剑厂（后变更为浙江省龙泉市宝剑厂有限公司），核定使用商品为第 74 类（1992 年核准转为《商标注册用商品和服务国际分类》第 28 类）宝剑。该商标经 4 次续展，专用权期限至 2023 年 2 月 8 日。第 12719735 号“”商标

于 2015 年 6 月 14 日获准注册，核定使用商品为第 28 类民族体育运动器具（刀、剑）、击剑用武器等，专用权期限至 2025 年 6 月 13 日。

2020 年 4 月 24 日，浙江省龙泉市市场监督管理局根据举报，对浙江省龙泉市宝剑厂有限公司线上线下店铺销售涉嫌冒充及自行改变“龙泉宝剑”注册商标的违法行为进行立案调查。

经查，当事人主要销售刀、剑、武术器械等商品，其在宝剑、刀商品上使用了横向排序小篆体“ ”商标，并在商标右上角标注了注册标记“®”。关于在刀商品上使用“ ”商标，是否构成冒充注册商标存在分歧，浙江省龙泉市市场监督管理局逐级向国家知识产权局请示。2021 年 9 月 9 日，国家知识产权局作出《关于“龙泉宝剑”注册商标使用管理有关问题的批复》（国知发保函字〔2021〕138 号）。该批复指出，《商标法》第五十六条规定“注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限”。根据请示及所附材料，对于商标注册人在刀商品上使用横向排序小篆体“ ”并标注注册标记的行为，若认为该使用方式是对第 130250 号“ ”商标的使用，则超出该商标核定使用的商品范围；若认为该使用方式是对第 12719735 号“ ”商标的使用，因第 12719735 号“ ”商标为中文文字和图形组合商标，与实际使用的“ ”商标存在明显区别，足以使相关公众认为两者是不同的商标，上述行为构成《商标法》第五十二条规定的将未注册商标冒充注册商标使用的行为。

2021 年 12 月 6 日，浙江省龙泉市市场监管局根据国家知识产权局批复，结合具体案情，作出不予行政处罚决定书[龙市监不罚（2021）5 号]，认定当事人在宝剑商品上使用横向排序小篆体“ ”商标并标注注册标记的行为，属于对第 130250 号“ ”注册商标的自行改变，责令当事人限期改正；认定

当事人在刀商品上使用横向排序小篆体“ ”商标并标注注册标记的行为，属于冒充注册商标的违法行为，鉴于当事人冒充注册商标的主观过错不明显，危害后果不严重，且已及时改正违法行为，决定不予行政处罚。

评 析

经核准注册后，商标注册人即获得商标专用权，可以在核定使用的商品/服务范围内使用其核准注册商标，但这并不意味着商标注册人可以对该注册商标进行改变。商标注册人必须按照申请注册的商标图样使用。商标注册人在使用注册商标时对注册商标作局部或较轻微的改动，相关公众认为改变后的商标与注册商标为同一商标的，应认定为自行改变注册商标；但如果使用时超出这个界限，对注册商标的主体部分作了大的或者根本性的改变，相关公众认为改变后的商标为另外一件商标，应按冒充注册商标定性。

案例 8 原广州市增城区市场和质量监督管理局查处广州市琦行服装有限公司冒充注册商标案

2017 年 10 月 11 日，原广州市增城区市场和质量监督管理局根据群众举报，依法对广州市琦行服装有限公司位于广州市增城区新塘镇广深大道西 13 号的经营场所进行现场检查。经查，当事人在其生产的牛仔裤上标注的“Wangue®”商标标识系当事人自行设计，尚未申请商标注册，系将未经注册的“Wangue”商标冒充注册商标使用。截至案发，当事人共生产标有“Wangue®”标识的牛仔裤 800

条，其中 745 条已售出，50 条不符合验货标准返工，5 条无法返工被销毁，违法经营额 44000 元。

原广州市增城区市场和质量监督管理局依照《商标法》五十二条规定，于 2017 年 12 月 1 日对当事人作出责令限期改正，并罚款 0.65 万元的行政处罚。

### 案例 9 原青岛市工商行政管理局查处青岛蒂芬妮生物工程有限公司冒充注册商标案

原青岛市工商行政管理局根据原山东省工商行政管理局交办的案件线索，对青岛蒂芬妮生物工程有限公司冒充注册商标的违法线索进行立案调查。经查，当事人青岛蒂芬妮生物工程有限公司于 2011 年 1 月 21 日在第 30 类蜂蜜、食用蜂胶(蜂胶)、冰糖燕窝、燕窝梨膏、枇杷膏、螺旋藻(非医用营养品)、非医用营养液、非医用营养膏、非医用营养粉、非医用营养胶囊商品上注册第 7913709 号“difiney 蒂芬妮”商标。当事人于 2016 年 9 月 27 日与江西维莱营健高科有限公司（以下简称“维莱营健公司”）签订产品经销合同和商标使用授权书，委托维莱营健公司使用“difiney 蒂芬妮”商标生产加工玛咖片（压片糖果），约定维莱营健公司制作裸瓶并装瓶，当事人在青岛印制商标标识及包装盒。商品运至青岛进行包装后通过淘宝网进行销售，销售单价为每盒 68 元。截至案发，共委托生产加工 300 盒带有注册标记的“difiney 蒂芬妮” 玛咖片（压片糖果），加工费 1695 元，销售额 20400 元。

原青岛市工商行政管理局认为，玛咖片（压片糖果）与第 7913709 号“difiney 蒂芬妮”注册商标核定使用的商品不属于同一种商品，因此在玛咖片（压片糖果）上使用带有注册标记的“蒂芬妮”商标构成冒充注册商标的违法行为。该局依照《商标法》第五十二条规定，对当事人作出责令限期改正，并罚款 5000 元的行政处罚。

### 案例 10 浙江省乐清市市场监督管理局查处浙江雄霸电力有限公司冒充注册商标案

2017 年 7 月 24 日，浙江省乐清市市场监督管理局执法人员依法对位于乐清市柳市镇东凰屿村的当事人浙江雄霸电力有限公司进行检查。执法人员在现场检查中发现该公司的产品选型手册、对账单、购销合同、产品标牌、合格证上均使用“ ”商标，当事人现场无法提供该商标合法有效商标注册证。经查，当事人于 2017 年 5 月 21 日在第 9 类电开关、电源材料（电线、电缆）、信号灯、断路器、电池、报警器、配电箱（电）、电站自动化装置、网络通讯设备、测量仪器商品上注册第 19561766 号“ ”商标。当事人擅自在“ ”标志外围添加“雄霸电力 XIONGBADIANLI”，并在右上角标明注册标记“®”，于 2017 年 2 月开始在其生产的电开关等商品的标牌、合格证上使用。截至案发，当事人使用“ ”商标一共签订 7 份购销合同，并已实际履行，经营额共计 493568 元，其中 2017 年 5 月 21 日之前发生的 4 份合同金额共计 231968 元。

乐清市市场监督管理局认为，当事人在注册商标上添加具有显著性的文字和拼音，易使相关公众认为改变后的商标为一件新商标，使用该商标时标注注册标记构成冒充注册商标的违法行为。该局依照《商标法》第五十二条规定，对当事人作出责令限期改正，并罚款 2.3 万元的行政处罚。

**第二十四条 商标注册人应当监督被许可人合法使用其注册商标。商标注册人明知或者应知被许可人存在自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项而不及时制止的，商标注册人承担自行改变注册商标的法律责任。**

本条规定了商标注册人对被许可人的监督义务。

《商标法》第四十九条第一款规定：“商标注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项的，由地方工商行政管理部门责令限期改正；期满不改正的，由商标局撤销其注册商标。”因为该条规定除责令限期改正、期满不改正的撤销注册商标之外未规定其他罚则，为防止当事人以注册商标为许可使用，自行改变注册商标的违法行为系被许可使用人实施为由逃避处罚，同时也督促商标注册人切实履行监督义务，本条明确如果注册人

明知或者应当知道被许可人自行改变注册商标注册事项行为而不制止的，由商标注册人承担相关法律责任。

**第二十五条 集体商标、证明商标注册人违反《商标法实施条例》第四条第二款和《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十四条、第十五条、第十七条、第十八条、第二十条规定的，由负责商标执法的部门按照《集体商标、证明商标注册和管理办法》第二十二条规定处理。**

本条规定了集体商标、证明商标注册人违反法定义务的处理。

《商标法实施条例》第四条第二款规定："以地理标志作为证明商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织可以要求使用该证明商标，控制该证明商标的组织应当允许。以地理标志作为集体商标注册的，其商品符合使用该地理标志条件的自然人、法人或者其他组织，可以要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织，该团体、协会或者其他组织应当依据其章程接纳为会员；不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的，也可以正当使用该地理标志，该团体、协会或者其他组织无权禁止。"

《集体商标、证明商标注册和管理办法》第十四条规定："集体商标注册人的成员发生变化的，注册人应当向商标局申请变更注册事项，由商标局公告。"第十五条规定："证明商标注册人准许他人使用其商标的，注册人应当在一年内报商标局备案，由商标局公告。"第十七条规定："集体商标注册人的集体成员，在履行该集体商标使用管理规则规定的手续后，可以使用该集体商标。集体商标不得许可非集体成员使用。"第十八条规定："凡符合证明商标使用管理规则规定条件的，在履行该证明商标使用管理规则规定的手续后，可以使用该证明商标，注册人不得拒绝办理手续。《商标法实施条例》第六条第二款（注：现为第四条第二款）中的正当使用该地理标志是指正当使用该地理标志中的地名。"第二十条规定："证明商标的注册人不得在自己提供的商品上使用该证明商标。"第二十二条规定："违反实施条例第六条（注：现为第四条）、本办法第十四条、第十五条、第十七条、第十八条、第二十条规定的，由工商行政管理部门责令限期

改正；拒不改正的，处以违法所得三倍以下的罚款，但最高不超过三万元；没有违法所得的，处以一万元以下的罚款。”

**第二十六条 非集体成员生产的商品符合地理标志条件的，其可以正当使用该地理标志中的地名，但无权使用该作为地理标志注册的集体商标标识。**

本条规定了地理标志中地名的正当使用。

商品符合使用地理标志条件的，相关当事人可以善意正当使用该地理标志中的地名，而不可以使用作为地理标志注册的集体商标标识，否则属于商标侵权行为，商标注册人有权禁止。如果当事人仅是将地理标志中的地理名称作为产地标记使用，而非地理标志含义上的使用，就应被认定为正当使用。即地名的使用仅仅是为了标明自身产品的产地，其使用方式不得通过改变字体大小、颜色等方式突出标注。比如，在商品包装背面的商品信息中以普通字体载明产地标记：“产地 XX”，此种使用方式只是单纯表明商品的产地信息，相关公众通常不会将其与商品的特定品质相联系，属于正当使用地名。同时，注册商标专用权人以外的其他市场主体在经营活动中，应当尊重注册商标专用权。例如，潼关肉夹馍协会在第 30 类“肉夹馍”商品上注册第 14369120 号“潼关肉夹馍”集体商标，注册人无权向潼关特定区域外的商户许可使用该集体商标并收取加盟费，也无权禁止生产的肉夹馍符合该地理标志条件的非集体成员正当使用该集体商标中的地名“潼关”和肉夹馍生产经营企业使用通用商品名称“肉夹馍”，但潼关肉夹馍协会集体成员之外的其他人无权使用带有图形、特定书写方式的文字及拼音的“潼关肉夹馍”商标标识。

案例 11 舟山市水产流通与加工行业协会诉北京永辉超市有限公司侵害商标专用权纠纷案

2011 年 2 月 15 日，舟山市水产流通与加工行业协会发现位于北京市朝阳区十里河弘燕南一路的永辉超市山水文园店销售有外包装载明“特选舟山带鱼”的礼盒带鱼，该包装上突出使用了其享有专用权的第 5020381 号注册商标“舟山带鱼”

的核心部分“舟山带鱼”文字，认为上述商品属于侵权商品。该协会将北京永辉超市有限公司（以下简称“永辉超市”）诉至北京市朝阳区人民法院（以下简称“朝阳法院”），请求法院判令永辉超市立即停止生产、销售涉案标注有“特选舟山带鱼”包装的礼盒带鱼商品并赔偿损失。

朝阳法院认为，“舟山带鱼”证明商标被核准注册，即可以说明舟山市水产流通与加工行业协会具有了监督该证明商标所证明的特定商品品质的能力并获得了相应的批准。因此，自获得注册之日起，商标注册人有正当的理由，也有法定的权利独占地对使用“舟山带鱼”证明商标的商品进行监督和控制，他人未经其许可不得在同一种及类似商品上使用“舟山带鱼”证明商标或与之近似的标识；同时，对于其商品并非产于浙江舟山海域的自然人、法人或者其他组织在商品上标注该商标或者近似标识的，舟山市水产流通与加工行业协会有权禁止并依法追究其侵犯证明商标权利的责任。永辉超市在涉案带鱼商品上使用的“特选舟山带鱼”虽与注册商标不相同，但其中包含了注册商标的文字部分，且以突出方式进行标注，会使相关公众据此认为涉案商品系原产于浙江舟山海域的带鱼。在当事人不能证明其生产、销售的涉案商品原产地为浙江舟山海域的情况下，其在涉案商品上标注“特选舟山带鱼”的行为，不属于正当使用，侵害了舟山市水产流通与加工行业协会的商标权，应承担相应的法律责任。2013 年 3 月 11 日，朝阳法院作出（2013）朝民初字第 7204 号民事判决，判令永辉超市于判决生效之日起立即停止销售涉案标注有“特选舟山带鱼”的礼盒带鱼商品，并赔偿舟山市水产流通与加工行业协会经济损失等费用 4200 元。

### 案例 12 五常市大米协会诉李某侵害商标专用权纠纷案

五常市大米协会分别于 2001 年 7 月 21 日在第 30 类大米、大米制品商品上注册了由汉字 “五常”、拼音“WUCHANG”及图形组合而成的第 1607996 号“五常 WUCHANG”证明商标，于 2007 年 12 月 21 日在第 30 类大米商品上注册第 5789043 号“五常大米”证明商标。五常市大米协会制定的《“五常大

米”证明商标使用管理规则》对“五常大米”证明商标的使用条件、使用申请程序、管理、保护等进行了规定。使用“五常大米”证明商标的产品的生产地域范围为：五常市境内“C”字开口盆地以内，龙凤山水库或拉林河、溪浪河水系浇灌的水田。李某系个体工商户，经营项目为批发兼零售预包装食品。五常市大米协会在该经营部以 51 元的价格购买了一袋 10 公斤的大米。大米外包装正面最上方中间位置突出标注有“五常”字样，左侧标注有“源京达 YUANJINGDA”商标，“五常”字样下方依次显示有“自然香 生态米”“金虎长粒香”和老虎图案，包装底部显示有“黑龙江五常香米基地”和“北京金利兴盛粮油商贸有限公司”字样。对于不符合上述管理规则的使用人，未经许可在大米商品上使用与“五常 WUCHANG”“五常大米”证明商标相同或近似标识的行为，五常市大米协会有权依法追究其侵害商标权的责任。李某销售的涉案大米包装袋上标有“五常”字样，上述使用方式属于商标性使用行为。涉案大米产品与涉案两件证明商标核定使用的商品为同一种商品，其包装袋上使用的“五常”标识与涉案注册商标构成近似商标。尽管李某在涉案产品包装袋上同时使用了其自有商标，但这不能成为其免于承担侵害涉案证明商标专用权法律责任的正当事由。

案例 13 聂某销售侵犯“庐山云雾茶”注册商标专用权茶叶案

瑞昌市执法人员发现当事人销售的茶叶盒（袋）上标有“庐山云雾茶”注册商标标识、“江西九江庐山云雾茶叶协会监制” 等字样。当事人无法提供“庐山云雾茶”证明商标使用授权材料，也无法提供供货商的资质证明。执法机关依法对当事人作出责令立即停止侵权行为，没收侵权茶叶盒 131 盒、侵权茶叶 10 袋，罚款 5000 元的行政处罚。

**第二十七条 集体商标注册人有下列情形之一的，均属《集体商标、证明商标注册和管理办法》第二十一条规定的没有对该商标的使用进行有效管理或者控制：**

**（一）违反该集体商标使用管理规则的成员未承担责任的；**

**（二）使用该集体商标商品的检验监督制度未有效运行的；**

**（三）其他没有对该商标的使用进行有效管理或者控制的。**

**本条规定了集体商标注册人没有对集体商标的使用进行有效管理或者控制的情形。**

集体商标申请注册时提交的《商标使用管理规则》应当对集体成员的义务及相应责任作出明确规定。若集体成员未履行《商标使用管理规则》中规定的义务，集体商标注册人应当按照《商标使用管理规则》对其进行惩戒。若对集体成员违反规则的行为放任不管，致使其虽未履行义务，却没有承担相应责任，则属于集体商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制的情形。同时，《商标使用管理规则》应当对使用该集体商标商品的检验监督制度作出明确规定。若由于商标注册人的原因，致使检验监督制度形同虚设，亦属于集体商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制的情形。《集体商标、证明商标注册和管理办法》第二十一条规定："集体商标、证明商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制，致使该商标使用的商品达不到其使用管理规则的要求，对消费者造成损害的，由工商行政管理部门责令限期改正；拒不改正的，处以违法所得三倍以下的罚款，但最高不超过三万元；没有违法所得的，处以一万元以下的罚款。"

**第二十八条 证明商标注册人有下列情形之一的，均属《集体商标、证明商标注册和管理办法》第二十一条规定的没有对该商标的使用进行有效管理或者控制：**

**（一）违反该证明商标使用管理规则的使用人未承担责任的；**

**（二）使用该证明商标商品的检验监督制度未有效运行的；**

**（三）其他没有对该商标的使用进行有效管理或者控制的。**

**本条规定了证明商标注册人没有对证明商标的使用进行有效管理或者控制的情形。**

证明商标申请注册时提交的《商标使用管理规则》应当对证明商标被许可人的义务及相应责任作出明确规定。若被许可人未履行《商标使用管理规则》中规

定的义务，证明商标注册人应当按照《商标使用管理规则》对其进行惩戒。若对被许可人违反规则的行为放任不管，致使其虽未履行义务，却没有承担相应责任，则属于证明商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制的情形。同时，《商标使用管理规则》应当对使用该证明商标商品的检验监督制度作出明确规定。若由于商标注册人的原因，致使检验监督制度形同虚设，亦属于证明商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制的情形。《集体商标、证明商标注册和管理办法》第二十一条规定："集体商标、证明商标注册人没有对该商标的使用进行有效管理或者控制，致使该商标使用的商品达不到其使用管理规则的要求，对消费者造成损害的，由工商行政管理部门责令限期改正；拒不改正的，处以违法所得三倍以下的罚款，但最高不超过三万元；没有违法所得的，处以一万元以下的罚款。"

**第二十九条 《印刷业管理条例》《商标印制管理办法》所称的商标标识，是指与商品配套一同进入流通领域的带有商标的有形载体，包括注册商标标识和未注册商标标识。**

商标标识一般独立于被标识的商品，不具有该商品的功能。

本条规定了商标标识的含义。

商标标识是指与商品配套一同进入流通领域的带有商标的有形载体。商标标识区别于其所标识的商品，商标标识具有相对独立性，不具有商品的相关功能。标注商标图文的商品本身、商品零部件、商品本身的主要原材料（不含商品的包装物），不属于商标标识。

**第三十条 商标印制，是指印刷、制作商标标识的行为。**

**以印染、冲压等方式直接在商品、商品零部件、商品的主要原材料（不含商品的包装物）上标注商标图文的，属于商品生产加工行为，一般不属于前款所称的商标印制。**

本条规定了商标印制的含义。

商标的使用包括将单独印制的商标标识贴附于商品之上，也包括在商品加工过程中将商标标识直接印制在商品上。《商标印制管理办法》第二条规定：“以印刷、印染、制版、刻字、织字、晒蚀、印铁、铸模、冲压、烫印、贴花等方式制作商标标识的，应当遵守本办法。”第十五条第一款规定：“本办法所称‘商标印制’是指印刷、制作商标标识的行为。”实践中，对以印染、冲压等方式制作商标标识是否属于商标印制行为有不同意见，本条再次明确了只有印刷、制作商标标识的行为才视为商标印制行为。执法实践中要注意商标印制行为区别于商品生产加工行为，避免将商品生产加工行为错误认定为商标标识印制行为，以致错误适用法律。

**第三十一条 商标印制单位承印标注“注册商标”字样或者注册标记的商标标识，应当按照《商标印制管理办法》第三条、第四条、第五条、第七条的规定，核查《商标注册证》等证明文件和承印商标是否与《商标注册证》核准注册的商标一致，以及该注册商标是否有效。未履行上述审核义务的，负责商标执法的部门应当依法查处。**

本条规定了商标印制单位印制注册商标的审核义务。

《商标印制管理办法》第三条规定：“商标印制委托人委托商标印制单位印制商标的，应当出示营业执照副本或者合法的营业证明或者身份证明。”第四条规定：“商标印制委托人委托印制注册商标的，应当出示《商标注册证》或者由注册人所在地县级工商行政管理局签章的《商标注册证》复印件，并另行提供一份复印件。签订商标使用许可合同使用他人注册商标，被许可人需印制商标的，还应当出示商标使用许可合同文本并提供一份复印件；商标注册人单独授权被许可人印制商标的，除出示由注册人所在地县级工商行政管理局签章的《商标注册证》复印件外，还应当出示授权书并提供一份复印件。”第五条规定：“委托印制注册商标的，商标印制委托人提供的有关证明文件及商标图样应当符合下列要求：（一）所印制的商标样稿应当与《商标注册证》上的商标图样相同；（二）被许可人印制商标标识的，应有明确的授权书，或其所提供的《商标使用许可合同》含有许可人允许其印制商标标识的内容；（三）被许可人的商标标识样稿应当标明被许可人的企业名称和地址；其注册标记的使用符合《商标法实施条例》

的有关规定。”第七条规定：“商标印制单位应当对商标印制委托人提供的证明文件和商标图样进行核查。商标印制委托人未提供本办法第三条、第四条所规定的证明文件，或者其要求印制的商标标识不符合本办法第五条、第六条规定的，商标印制单位不得承接印制。”

当事人承印标明“注册商标”字样或者标注注册标记的商标标识的，应当按照承印注册商标标识的有关规定查验商标注册证等证件及商标图样，有效避免承印冒充注册商标、假冒他人注册商标标识的风险。

**第三十二条 商标印制单位承印未标注“注册商标”字样和注册标记的商标标识，未履行以下审核义务的，负责商标执法的部门应当依法查处：**

**（一）按照《商标印制管理办法》第三条、第六条、第七条的规定，核查证明文件以及商标图样。**

**（二）通过国家知识产权局官网查询在同一种商品或者服务上，他人是否已注册与承印商标标识相同的商标。**

**他人已在同一种商品或者服务上注册与承印商标标识相同的商标，商标印制单位仍然承接印制的，按照《商标印制管理办法》第十三条规定处理。**

本条规定了商标印制单位印制未标明注册商标和未标注注册标记的商标的审核义务。

《商标印制管理办法》第六条规定：“ 委托印制未注册商标的，商标印制委托人提供的商标图样应当符合下列要求：（一）所印制的商标不得违反《商标法》第十条的规定；（二）所印制的商标不得标注‘注册商标’字样或者使用注册标记。”第十三条规定：“ 商标印制单位违反第七条规定承接印制业务，且印制的商标与他人注册商标相同或者近似的，属于《商标法实施条例》第七十五条（注：《商标法》第五十七条第六项）所述的商标侵权行为，由所在地或者行为地市场监督管理部门依《商标法》的有关规定予以处理。”

承印未标明“注册商标”字样和标注注册标记的商标标识，商标印制单位有义务查验该商标标识是否涉嫌违反禁用规定及侵犯他人在先注册商标专用权。具体而言，一是查验商标图样是否违反《商标法》第十条规定，二是查验他人在同一种或者类似商品上是否已注册与承印商标相同或者近似的商标。考虑到商品类

似、商标近似的判断有一定专业性，故《标准》中明确商标印制单位的最低审核义务为“在同一种商品或者服务上，他人是否已注册与承印商标标识相同的商标”，并且明确其应当通过国家知识产权局官网主动查询。若商标印制单位怠于履行审核义务，导致印制的商标标识与他人在同一种商品上注册的商标相同的，其构成《商标法》第五十七条第六项规定的故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权的行为。

**第三十三条 负责商标执法的部门查处恶意申请商标注册行为，可以参照国家知识产权局认定商标注册申请或者商标注册违反《商标法》第四条、第十条第一款第八项、第十三条、第十五条、第三十二条规定或者属于第四十四条第一款“以欺骗或者其他不正当手段取得注册的”情形的生效决定或者裁定，并结合具体案情，作出处理。**

本条规定了负责商标执法的部门查处恶意申请商标注册行为的参考依据。

《商标法》第六十八条第四款规定：“对恶意申请商标注册的，根据情节给予警告、罚款等行政处罚；对恶意提起商标诉讼的，由人民法院依法给予处罚。”

《规范商标申请注册行为若干规定》（国家市场监督管理总局令第 17 号）第三条规定：“申请商标注册应当遵循诚实信用原则。不得有下列行为：（一）属于商标法第四条规定的不以使用为目的恶意申请商标注册的；（二）属于商标法第十三条规定，复制、摹仿或者翻译他人驰名商标的；（三）属于商标法第十五条规定，代理人、代表人未经授权申请注册被代理人或者被代表人商标的；基于合同、业务往来关系或者其他关系明知他人在先使用的商标存在而申请注册该商标的；（四）属于商标法第三十二条规定，损害他人现有的在先权利或者以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标的；（五）以欺骗或者其他不正当手段申请商标注册的；（六）其他违反诚实信用原则，违背公序良俗，或者有其他不良影响的。”第十二条规定：“对违反本规定第三条恶意申请商标注册的申请人，依据商标法第六十八条第四款的规定，由申请人所在地或者违法行为发生地县级以上市场监督管理部门根据情节给予警告、罚款等行政处罚。有违法所得的，可以处违法所得三倍最高不超过三万元的罚款；没有违法所得的，可以处一万元以下的罚款。”

需要注意的是，与对违反《商标法》第十条规定的违法使用商标行为负责商标执法的部门可以径行查处不同，查处恶意申请商标注册行为一般需要国家知识产权局的相关生效决定或者裁定作为佐证；同时，该生效决定或者裁定并非定案的充分要件，还需要结合具体案情作出判断。

### 案例 14 上海市市场监督管理局查处违法申请注册 “火神山”商标案

武汉火神山医院成立于 2020 年 1 月 27 日，统一社会信用代码为 12420100MB1B8439XP。

2020 年 3 月 3 日，国家知识产权局对 63 件进入实质审查阶段的“火神山”“雷神山”等恶意商标注册申请，依法作出驳回决定。上海市市场监督管理局根据国家知识产权局关于驳回“火神山”等疫情相关商标的通告及交办的案件线索，对辖区内违法行为开展立案调查。经查，2020 年 2 月 18 日，上海谛麒新材料科技有限公司委托上海佳诚商标代理有限公司为其在 2 个商品类别上申请注册“ ”商标，申请号分别为第 44122152 号和第 44118486 号。就该案定性问题，办案机关积极与上海市知识产权局会商，后上海市知识产权局向国家知识产权局请示办理意见。

2021 年 4 月 8 日，国家知识产权局在答复中指出：2020 年 1 月 27 日，武汉市卫生健康委员会批准设立武汉火神山（雷神山)医院，其作为法人组织依法享有名称权。同时，火神山（雷神山）医院是武汉抗击疫情前线医院，是疫情防控期间社会和舆论关注的焦点，是凝聚力量和意志、坚定抗击疫情的重要标志之一，具有特殊的意义。火神山（雷神山）医院以外的其他申请人将其作为商标注册易造成重大社会不良影响。申请人申请注册“火神山”商标的行为，属于《商标法》第十条第一款第八项和《规范商标申请注册行为若干规定》第三条第六项所指的有不良影响的行为，同时属于《商标法》第三十二条和《规范商标申请注册行为若干规定》第三条第四项所指的损害他人现有的在先权利的行为，从维护当前防疫工作大局出发，应依据《商标法》第六十八条第四款、《规范商标申请注册行为若干规定》第十二条的规定，予以从重处罚。

2021 年 4 月 22 日，上海市市场监督管理局根据国家知识产权局批复意见，并结合该案具体情况，对当事人作出罚款 1 万元的行政处罚，同时对代理机构及其负责人分别作出警告并罚款 8 万元和 0.5 万元的行政处罚。

案例 15 上海市松江区市场监督管理局查处上海麦浅贸易有限公司等恶意商标注册申请案

2021 年 11 月 1 日，上海市松江区市场监督管理局接到上海市知识产权局转送国家知识产权局线索，反映上海麦浅贸易有限公司等 6 家公司伙同麦浅知识产权代理（上海）有限公司恶意申请注册商标并囤积倒卖。上海市松江区市场监督管理局成立专案组，对 7 家公司予以立案并展开全面调查。

经查，自 2018 年起，麦浅知识产权代理（上海）有限公司法定代表人盛某某以商标转让费分成等方式，说服亲友先后注册上海麦浅贸易有限公司、江苏窖真酒业有限公司、剑芒品牌管理（上海）有限公司、上海鸡魔餐饮管理有限公司、沛县好恰食品有限公司、江苏追梦酒业有限公司等 6 家公司，并通过上述公司开展不以使用为目的的商标注册申请及转让交易。6 家公司均未实际开展经营活动，且从未使用过名下注册商标。自 2019 年 11 月 1 日至案发，上海麦浅贸易有限公司等 6 家公司通过麦浅知识产权代理（上海）有限公司申请注册商标 1058 件，获准注册 504 件。注册成功的商标在中细软、鱼爪网、权大师等平台及微信群、QQ 群转让牟利，截至案发共转让商标 15 件，正在办理转让的商标 16 件。

2021 年 12 月 28 日，办案机关认定上海麦浅贸易有限公司等 6 家公司上述行为违反《商标法》第四条第一款及《规范商标申请注册行为若干规定》第三条第一项规定，属于恶意申请商标注册的违法行为，并依据《商标法》第六十八条第四款、《行政处罚法》第二十八条第二款及《规范商标申请注册行为若干规定》第十二条规定，对上述公司作出警告，共计没收违法所得 2.3 万元、罚款 9.5 万元的行政处罚。同时，对麦浅知识产权代理（上海）有限公司及其法定代表人另案处理。

**第三十四条 本标准由国家知识产权局负责解释。涉及商标授权确权的，适用《商标审查审理指南》。**

本条规定《标准》实施过程中遇到的问题、情况由国家知识产权局解释。

按照“谁制定，谁解释”的原则，本条规定《标准》的解释机关为《标准》的制定机关，即国家知识产权局。需要指出的是，国家知识产权局在其官方微信、官网和《中国知识产权报》发布的《〈商标一般违法判断标准〉理解与适用》为《标准》的官方解释。

此外，本条还明确了涉及商标授权确权的，适用《商标审查审理指南》。

**第三十五条 本标准自 2022 年 1 月 1 日起施行。**

本条规定了《标准》的施行日期，即 2022 年 1 月 1 日。

来源：国家知识产权局微信公众号

链接： https://mp.weixin.qq.com/mp/appmsgalbum?__biz=MzA3ODU0NDE4OA==&action=getalbum&album_id=2654266166038937601&scene=173&from_msgid=2653654101&from_itemidx=1&count=3&nolastread=1#wechat_redirect

# 一文讲清如何审理计算机软件开发合同纠纷

## 一文讲清如何审理计算机软件开发合同纠纷

### 一、审理的前提：计算机软件开发合同的识别

准确认定系争合同是否为计算机软件开发合同是审理此类纠纷的基本前提。这不仅影响案件的管辖，更关系到案件的审理思路。

计算机软件开发合同的标的为计算机软件，软件开发合同的最终目的是开发方通过计算机软件编程的方式实现委托方特定功能需求，合同履行最终交付的通常也是计算机软件源代码及相关文档。

因此，在判断合同性质时应当审查合同的主要权利义务是否涉及计算机软件的开发，合同的标的是否涉及计算机软件代码的交付。如果系争合同的权利义务不仅涉及计算机软件的开发，还涉及其他硬件等权利义务，当事人因计算机软件产生纠纷的，也应按照计算机软件开发合同确定管辖。[1]

在上诉人广境公司与被上诉人能欣公司计算机软件开发合同纠纷管辖权异议案中，最高人民法院二审认为，合同性质的认定应根据合同约定的主要权利义务的内容进行判断。

本案中，能欣公司与广境公司签订的《利添水果产业示范区提升工程——多媒体展示项目合同》在“项目内容”“交货约定”“违约责任”等条款中约定了软件开发服务的内容和违约责任等，符合计算机软件开发合同的特征。广境公司主张本案不是计算机软件开发合同纠纷而是工程承揽合同纠纷与事实不符。[2]

在具体认定时，还应当注意计算机软件开发合同与委托合同、承揽合同以及技术合同等的区别。

**1. 计算机软件开发合同与委托合同**

计算机软件开发合同的当事人通常被称为委托方与开发方，但此处的“委托”与《民法典》规定的委托合同存在本质区别。委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

计算机软件开发合同与委托合同的区别主要体现在：

其一，委托合同履行过程中，受托人处理的事项通常发生在受托人与合同以外的第三人之间，受托人系代表委托人为某种法律行为或者处理其他事务。而计算机软件开发合同的履行则主要发生在委托方和开发方之间，并不涉及合同以外的第三方。

---

[1] 《最高人民法院关于第一审知识产权民事、行政案件管辖的若干规定》（法释〔2022〕13 号）于 2022 年 5 月 1 日起施行，自此之后，计算机软件开发合同纠纷原则上由有管辖权的基层人民法院审理。在此之前，由知识产权法院或者省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和最高人民法院确定的中级人民法院管辖。

[2] 参见最高人民法院（2021）最高法知民辖终 230 号民事裁定书。

其二，委托合同履行过程中，委托方和受托方都可以随时解除合同，但计算机软件开发合同原则上应当按照合同约定全面履行义务，委托方和开发方都不享有任意解除权。

其三，委托合同重在履行过程而非结果，即受托人只要按照委托人的要求从事了某项事务的处理即可，至于结果是否符合委托人的预期并不影响合同的履行。但计算机软件开发合同重在履行结果，而不在履行过程。只要开发方能够交付符合合同要求的计算机软件，即可认定开发方履行了合同义务。

**2.计算机软件开发合同与承揽合同**

承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同。计算机软件开发合同与承揽合同在合同权利义务方面有些类似，某种程度上也可以说是特殊的承揽合同。

但计算机软件开发合同的合同标的为计算机软件，故而并不完全等同于承揽合同，特别是计算机软件开发合同的委托方并不享有任意解除权。

**3.计算机软件开发合同与技术开发合同**

技术合同是当事人就技术开发、转让、许可、咨询或者服务订立的确立相互之间权利义务的合同。计算机软件开发也属于技术开发的范畴，因此，计算机软件开发合同某种程度上也可以说属于技术开发合同。

但根据《民法典》第八百五十一条的规定，技术开发合同是当事人之间就新技术、新产品、新工艺、新品种或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。从技术开发合同的标的看，技术开发合同与计算机软件开发合同又存在某种区别。技术开发合同强调技术的“新”，要求在市场中尚未被公开。如果作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义，当事人可以解除合同。但计算机软件开发合同的标的并不要求必须是新的软件，对于市场中已经出现的软件，委托人仍然可以委托他人开发相同或类似的软件。

此外，具体案件审理中还应当注意区分计算机软件开发合同与技术服务合同、劳务派遣合同等的区别，并不是只要涉及计算机软件均属于计算机软件开发合同，关键看合同的主要权利义务是否涉及计算机软件，是否需要交付特定的计算机软件作为合同履行的成果。

在原告杨某与被告晤桥公司技术合同纠纷管辖权异议案中，原告与被告签订《软件开发顾问协议》，约定原告担任被告的软件开发顾问，为被告数据结构以及软件架构师提供顾问服务，为被告团队完成编程进行评估并提供顾问服务。

法院经审理认为，涉案合同虽然涉及计算机软件，但并不是原告为被告提供计算机软件开发，而是为被告自己的软件开发提供技术咨询服务，总体上属于技术合同，并不属于计算机软件开发合同。

在上诉人航天公司与被上诉人盖讯公司劳务派遣合同纠纷案中，最高人民法院认为，双方签订的《劳务派遣协议书》项下的费用支付以上诉人所确认的派遣人员的实际评估及级别为主要依据，而非以某个软件开发完成作为结算条件，显然该协议并未涉及到具体的软件开发任务，系劳务派遣协议。[3]

## 二、容易产生的争议：明确合同是否成立及生效

大多数计算机软件开发合同纠纷中，当事人对于合同是否成立以及合同的效力并不存在争议。

容易产生争议的问题在于，未签订书面协议是否会影响合同成立与生效。

**关于合同的成立：**

在原告超浪公司与被告太月公司计算机软件开发合同纠纷案中，法院认为，订立计算机软件开发合同应当采用书面形式，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，且对方接受的，法院应当认定该合同成立。[4]

当然，书面形式并不限于传统的纸质方式，以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，也被视为书面形式。

**关于合同的效力：**

实践中，有的当事人可能会主张合同约定的开发费用明显超出行业平均水平，开发方在宣传过程中隐瞒重要信息构成合同欺诈，开发方通过计算机软件开发合

[3] 参见最高人民法院（2021）最高法知民辖终 73 号民事裁定书。

[4] 参见北京市第一中级人民法院（2002）一中民终字第 2424 号民事判决书。

同套取相关政府资助等等。对这些问题的审查判断需要结合具体案件进行，与一般的合同纠纷并无实质性区别。

此外，如果审理中发现可能涉及经济犯罪嫌疑，法院可以裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关。

## 三、正确审理的基础：软件开发功能需求的确定

计算机软件开发是将委托方的主观需求不断客观化的过程。在签订合同时，双方一般会确定大致的功能需求说明作为合同附件，但在合同履行过程中，原初确定的功能点通常会进一步细化，也有可能发生功能的删减、增加等变更。

绝大多数纠纷中，软件开发方都会提出抗辩认为，在合同履行中存在功能需求的变更，进而导致开发周期的延长或者开发费用的增加。

因此，在案件审理中准确认定委托方的功能需求是正确审理此类纠纷的基础。

区分原有功能范围的细化与功能的变更是确定软件开发功能需求的重点，也是大多数纠纷会涉及的问题。

例如，合同签订时明确的功能包括 A、B、C、D，如果合同履行中双方对功能 A 经过沟通确定为 A1、A2、A3，这通常属于功能的细化，属于计算机软件开发功能需求调研的正常过程。因为原本确定的功能往往比较宏观，随着开发的不断推进以及双方沟通的不断深入，较为宏观的功能也会不断的具体化，这符合软件开发的基本规律，并不会影响软件正常的开发周期。

但如果合同履行中，委托方提出需要开发 E 功能，由于原合同并未约定，这属于功能的增加，通常会导致软件开发周期的延长或者软件开发费用的增加。

在具体审理中，不论是功能细化还是功能变更，都应当基于双方的证据予以查明，并以此作为后续判断是否存在延期、软件是否符合合同要求的标准。

在确定软件功能需求时，由于合同约定的不明确或者抽象的、存在歧义的语言文字表述，当事人往往对于具体的功能约定或者开发范围的理解产生争议，这就需要对合同的相关条款进行解释。

在原告睿奇公司与被告快发公司侵害计算机软件纠纷案中，原告主张被告在线下门店使用的快剪购票机软件侵害其著作权，被告辩称，双方之间曾签订《技术开发委托合同》，被告委托原告开发“QCHouse 线上平台开发项目”，被诉侵权软件也属于合同开发的范围。原告则认为合同约定的软件仅为线上软件，并不包括线下软件。

最高人民法院经审理认为，对于被诉侵权软件是否属于合同范围的理解不应机械、静态地分析其是否属于线上还是线下软件，特别是考虑到合同履行过程中，当事人根据业务需求以及软件开发的进程亦有可能对开发范围进行调整。故应该综合考虑涉案合同目的、被诉侵权软件与合同约定软件的功能配套性以及合同履行情况进行判断。

在涉案合同履行过程中，基于被告的需求，原告开发完成了被诉侵权软件，除非有相反的特别约定，应当认定被诉侵权软件属于合同的范围。根据合同约定，被诉侵权软件的著作权应当归被告所有，故被告并不构成侵权。[5]

## 四、时间节点的确定：明确计算机软件开发成果是否交付

交付合同约定的软件开发成果是计算机软件开发合同履行过程中重要的时间节点，不仅关系到合同是否全面履行，还涉及到是否存在延期的问题。

因此，案件审理中，应当让开发方明确其认为满足合同要求的软件最早何时交付以及通过什么方式交付。由于软件交付后，双方通常存在测试问题反馈、修改完善、再交付、再反馈等过程，软件成果也可能需要多次提交测试，我们需要明确符合合同基本要求的软件最早交付的时间。

[5] 参见最高人民法院（2019）最高法知民终 694 号民事判决书。

需要说明的是，通常情况下除非有相反约定，软件的首次交付并不是指最终源代码，而是目标程序。只有双方对目标程序经测试修改验收无误，委托方付清相应款项后，开发方才最终交付源代码。

因此，审理中也要明确当事人主张的未交付软件是指未交付最终的源代码还是目标程序。实践中，大多数纠纷都不涉及交付源代码的问题，而是在此之前双方即已经就合同的履行产生纠纷。

关于交付的方式，通常情况下，开发方都在自己所有的服务器上进行开发，此时的软件交付通常应当是软件安装包以及相关文档，以供委托方安装测试，也有可能是向委托方交付链接地址、用户名及密码。当然，也有在委托方现场开发或者在委托方提供的服务器上进行开发，此时可能不存在提交安装包的问题，但应当提交登录软件的用户名或者密码。

软件开发服务器的权属不同，有时也直接影响软件灭失时的责任承担问题。如果软件是部署在开发方自己的服务器上，由于服务器故障导致软件无法测试或者勘验的风险通常由开发方承担；如果软件是直接在委托方所有的服务器上开发，开发方证明其已经交付了相关软件，但软件最终无法测试或勘验的，相关风险则应由委托方自行承担。

在开垦公司与乐君公司计算机软件开发合同纠纷案中，双方确认涉案软件系通过云服务器交付，开垦公司曾支付费用给乐君公司购买云服务器，后由于云服务器到期未续费已无法打开。乐君公司已经提供了交付的初步证据，由于开垦公司未续费导致云服务器不能登录且其未提供任何反证，故法院认为乐君公司已经交付了软件。[6]

## 五、是否迟延交付：判断交付软件是否超出合同约定期限

委托方主张开发方违约的一个常见理由是开发方迟延交付开发成果。开发方则往往抗辩迟延是因为委托方对于阶段性成果存在迟延确认，比如 UI 设计没有及时予以确认，合同履行中存在功能需求变更导致开发周期延长等。

[6] 参见上海知识产权法院（2017）沪 73 民初 12 号民事判决书。

对于委托方的主张，首先应当判断开发成果是否进行了交付，如果在合同约定的期限内开发方并未交付软件，则自然构成迟延履行；如果已经进行了交付，则需要判断交付成果的时间是否客观上超出了合同约定的期限。

如果超出了，则审查判断开发方提出的抗辩理由是否具有证据支持，是否具有合理性。由于软件开发的过程是将主观需求客观化的过程，双方之间很有可能会对原本约定的功能进行修改，因此，在判断合同履行是否超期时不宜过于严格。

实践中，比较常见的情况是，开发方的履行客观上超出了合同约定的期限，但委托方并未提出异议，而是继续与开发方就软件开发的内容进行沟通，对开发方交付的软件进行测试反馈，开发方也继续予以修改完善，由于最终交付的软件仍然未满足委托方的要求，委托方提出开发方构成迟延履行。

此时，应当结合双方在合同约定期限后继续履行合同的事实推定双方已经就合同履行期限通过双方的行为形成了新的合意，通常不再认定开发方构成迟延履行。

在上诉人融卫公司与被上诉人捷途公司等计算机软件开发合同纠纷案中，最高人民法院认为，捷途公司于 2018 年 4 月 29 日提交软件验收，该日期显然已经超过了《APP 制作合同书》关于交付时间的约定，但是融卫公司和捷途公司在交付日期届满后仍然继续就修改、优化软件交换意见并付诸实施，由此可知，双方当事人就延长交付验收时间达成了合意，捷途公司在 2018 年 4 月 29 日交付软件没有违反约定。[7]

## 六、合同履行的重要依据：交付的开发成果与合同约定功能的比对

判断开发方交付的软件是否符合约定，通常称为功能比对，是计算机软件开发合同纠纷通常都会涉及的事实查明内容，也是判断合同最终是否履行的重要依据。

[7] 参见最高人民法院（2020）最高法知民终 592 号民事判决书。

在进行功能比对时首先应当确定用于比对的软件版本。因为有的案件中，原告起诉到法院时距双方发生纠纷已经有较长的时间间隔，此时用于比对的软件版本应当是发生纠纷时的版本，因为只有当时的版本才能反映合同履行当时的真实状态。毕竟开发方可能利用起诉前的时间间隔继续对软件进行开发、完善，而后续补充开发完善的软件不能也不应作为证明开发方在纠纷发生前已经完成软件开发的证据。

在上诉人融卫公司与被上诉人捷途公司等计算机软件开发合同纠纷案中，最高人民法院认为，勘验软件源代码显示该软件完成时间是 2018 年 4 月 27 日，与终验软件的验收时间相契合；勘验软件与终验软件的界面基本相同，虽然二者在功能子项以及网页自适应存在差异，但是上述差异非软件本身的差异导致，在融卫公司未举证证明勘验软件完成时间被刻意修改的情况下，应认定勘验软件与终验软件一致。[8]

双方确定用于功能比对的软件版本后，应当结合双方确认的功能需求点，勘验开发方交付的软件与合同约定的功能需求是否一致。为提高此类案件的审理效率，此项工作可以在庭前先由当事人自行比对。

例如，先由委托方提交开发方交付软件具体问题的清单，然后由开发方对委托方提出的问题清单予以回复确认。开发方回复的意见主要包括以下几种情形：问题客观上存在；问题属于软件配置的外部软硬件环境导致，并非软件自身问题；问题并非合同约定的范围；问题相关的功能已经在合同履行中进行了变更等。

之后，再由委托方对开发方的回复进行再反馈，明确哪些方面认可开发方的意见，哪些方面不认可开发方的意见。

经过上述沟通，可以聚焦涉案软件与合同约定相比存在的问题，即双方对软件功能的争议焦点。如有需要，可在庭审或庭前会议中由法官组织查看软件，判断当事人争议的功能点的客观运行情况，作为后续判断谁应对相关问题承担责任的事实基础。

---

[8] 参见最高人民法院（2020）最高法知民终 592 号民事判决书。

需要说明的是，功能比对的过程总体上应做到“客观记录、搁置争议”，即只需要记录、固定客观上软件运行存在的问题。

至于相关问题产生的原因则遵循“谁主张、谁举证”的原则，根据双方当事人提交的证据判断哪一方应当对软件存在的问题承担责任。

在判断开发方交付的软件是否符合合同要求时，还应注意如果委托方收到软件后无正当理由怠于测试验收，也未及时提出软件存在问题，应当视为软件符合合同要求，视为验收通过，事后委托方不应再以软件功能不符合合同要求为由起诉主张解除合同。

## 七、合同目的是否无法实现：判断合同是否因一方根本违约而解除

判断当事人的违约行为是否构成根本违约而导致合同解除，关键在于当事人签订计算机软件开发合同的目的是否无法实现。

就委托方而言，其合同目的在于按时获得能够满足合同约定功能的计算机软件；就开发方而言，其合同目的在于按时获得软件开发的费用。因此，应当在前期事实查明的基础上准确判断合同目的能否实现。在具体判断时总体上要把握以下几个方面的问题：

一是区分签订合同的目的与动机。委托方签订计算机软件开发合同的目的是为了获得符合要求的计算机软件，至于其当初为什么打算开发计算机软件、开发该软件意图实现何种用途等，更多属于动机的范畴。除非双方明确将动机作为合同的重要条件予以约定，否则在软件符合合同要求的情况下，仅仅因为该软件相关的市场机会不再存在、不再需要使用该软件等都不应成为当事人解除合同的正当理由。

在大猫公司与飞燕公司计算机软件开发合同纠纷案中，法院认为，大猫公司作为涉案计算机软件开发合同的委托方，其合同目的是取得约定的软件，而订立合同的动机为通过开发的软件优化库存管理，促进其租赁业务。大猫公司的上述

动机没有在合同中通过某种约定明确体现出来，且开发方飞燕公司并不接受其在合同订立后增加开发软件的库存功能，由此大猫公司主张其无法实现合同目的，法院不予支持。[9]

二是区分软件功能缺失与软件功能瑕疵。软件开发的过程是一个不断调试完善的过程，不可能一蹴而就。被告交付软件存在的问题应当区分软件功能缺失和软件功能瑕疵。

例如，合同约定软件应当具备 A、B、C、D 等功能，但经测试并不具备 D 功能，由于计算机软件的运行需要不同模块的相互配合，其中某个模块的功能缺失直接影响软件的整体运行，此种情况下通常可以认定被告交付的软件不符合合同约定，无法实现合同目的。如果经测试软件具备 D 功能模块，但在具体运行中存在一些 Bug，这些 Bug 可以经过后续修改完善予以弥补，此种情况下，通常不应认定被告交付的软件无法实现合同目的，不应认定构成根本违约。

三是区分核心功能与非核心功能。功能的缺失通常可以认定开发方存在违约行为，但并不必然导致合同目的无法实现。如果仅仅是软件中的非核心功能缺失，并不对软件运行或者使用产生实质性影响，通常也不宜认定构成根本违约，可以通过让被告承担违约责任的方式赔偿委托方受到的损失。

在越诚公司与辅昊公司计算机软件开发合同纠纷案中，越诚公司所开发的软件存在打印、电缆并示意图的导出、系统管理、系统日志等功能未完成或存在缺陷，但这些功能并非涉案软件的主要功能，也未实质性地影响软件的正常使用，法院认为，辅昊公司以此主张越诚公司构成根本违约不能成立。[10]

四是区分主给付义务与从义务或者附随义务。计算机软件开发合同的主给付义务是委托方向开发方支付价款，开发方向委托方提交符合合同要求的软件。任何一方违反主给付义务均构成根本违约，非违约方有权据此解除合同。

除了主给付义务，当事人还应当遵循诚实信用的原则，根据合同性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。就计算机软件开发而言，开发方通常

---

[9] 参见最高人民法院（2021）最高法知民终 727 号民事判决书。

[10] 参见上海知识产权法院（2015）沪知民初字第 594 号民事判决书。

应当为委托方开具付款发票，交付软件后还应当提供必要的安装使用指导服务。通常情况下，违反上述义务并不会导致合同解除，但如果开发方开发的软件较为特殊，运用通常的技术手段无法安装使用，开发方又拒绝提供必要的指导导致软件无法使用的，委托方有权解除合同。

在原告亚力公司与被告探谋公司计算机软件开发合同纠纷案中，被告向原告提供的源代码使用了特殊的编程方法，一般的技术人员无法安装使用，而被告拒绝提供必要的指导。

法院认为，被告作为软件开发者在向原告交付软件时应当一并交付安装所需的相应技术资料，亦应在原告表示无法安装涉案软件时提供协助或者指导。但被告拒绝为原告安装涉案软件提供协助、指导，有违诚实信用原则，导致涉案网站源代码无法正常安装并投入使用。原告有权解除涉案合同，要求被告返还已经支付的合同款项。[11]

## 八、一些特别情况：非根本违约时的合同解除

通常情况下，只有一方当事人存在根本违约时，合同才可能由非违约方解除。但考虑到合同的实际履行情况以及双方当事人的意思表示，即使不构成根本违约，合同也可能基于当事人的协商或者因合同履行陷入僵局而解除。特殊情况下，违约方也可以请求解除合同。

### 1. 双方就解除合同达成合意而解除

诉讼过程中，被告虽然并不构成根本违约，但考虑到合同履行实际情况，其对于原告解除合同的诉请本身并不持异议，此时可以认为双方就合同解除已经形成合意，均同意解除合同，法院可以确认合同在双方达成合意时解除。

需要注意的是，当事人对于合同解除达成的合意不应附加前提或条件。例如，一方表示如果对方退还开发费，那么其同意解除合同，而另一方不可能同意退还开发费，此种情况下不应认定双方就合同解除达成了合意。

[11] 参见上海知识产权法院（2016）沪 73 民初 112 号民事判决书。

双方就解除合同本身不持异议，通常会请求法院根据案件具体情况裁判合同解除的后果。因此，在具体案件审理中，如果法院经审理认为合同可能不具备因根本违约解除的条件，虽然可以判决驳回原告的诉讼请求，但当事人的合同纠纷并未得到实质性解决。此时可以向当事人释明，如果原告关于根本违约解除合同的诉请得不到法院支持，其对于合同履行的态度，是希望继续履行还是仍然希望解除合同。如果双方当事人均不愿意继续履行合同，法院可以基于当事人的合意解除合同，并对合同解除的后果予以处理。

**2.非违约行为导致合同陷入履行僵局而解除**

计算机软件开发合同是双务合同，而且软件功能需求的确认离不开委托方的配合，否则合同的履行将无法进行。如果在需求调研阶段或者软件开发过程中，双方当事人对于某个功能如何开发无法达成一致，而且也无法基于行业内普遍的理解予以确定，特别是对于某个功能点的理解出现不一致，双方又无法通过协商解决时，合同的履行很容易陷入僵局。此时由于很难将合同的无法履行归因于其中一方当事人，也就是说双方当事人可能均无过错（当然也可能均有过错），但合同又无法继续履行，也可以基于合同客观上无法继续履行而解除合同。

此种情形的合同解除既不同于一方根本违约导致的合同解除，也不同于违约方的合同解除，而是基于合同客观上陷入僵局而导致的履行不能。

**3.违约方基于特定情形主张合同解除**

根据《民法典》第五百八十条的规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行。但如果法律上或者事实上不能履行、债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高、债权人在合理期限内未请求履行，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但不影响违约责任的承担。

就计算机软件开发合同而言，一方面，由于合同的履行特别是软件功能需求的确认离不开委托方的配合，故在委托方不配合的情况下，软件开发合同在事实上不能履行，也不适于强制履行。另一方面，计算机软件开发需要由具体的开发人员完成，具有一定的人身属性，如果开发方不愿意继续履行，也无法强制开发人员履行。事实上，对于计算机软件开发合同履行中违约方提出的解除合同的请

求，通常也会得到准许。对于继续履行的诉讼请求，如果合同客观上无法强制履行，应当通过释明让守约方选择违约损害赔偿代替继续履行弥补其因对方违约遭受的损失。

在上诉人鼎捷公司与被上诉人麦点公司计算机软件开发合同纠纷案中，最高人民法院认为，ERP 系统需要根据麦点公司的具体需求、资源、管理流程实现，没有麦点公司的配合，鼎捷公司无法独立完成涉案合同的继续履行。虽然麦点公司在本案中主张解除合同所提出的事实依据均不能成立，但如果不允许麦点公司请求解除合同，对合同双方都不利，因此本院对麦点公司解除合同的诉讼请求予以支持。[12]

## 九、责任承担：合同解除（终止）的法律后果

计算机软件开发的过程在纠纷发生时系已经发生的事实，客观上无法恢复原状。因此，计算机软件开发合同解除后的责任承担通常应当区分合同是否系根本违约解除，以确定对于已经完成的开发内容是否需要折价补偿。

在上诉人中新蓝软件有限公司、李群与被上诉人精科公司计算机软件开发合同纠纷案中，最高人民法院指出，合同解除后已经履行的部分并非当然恢复原状，而是应根据履行情况和合同性质加以权衡。涉及计算机软件开发合同解除后应否恢复原状，特别是开发方先期收取的开发款应否全部或部分返还的问题，需综合考量计算机软件开发合同自身特点、开发方实际履行情况、开发方有无过错及过错大小、开发方实际投入的工作量及已完成的开发成果等多种因素，秉持诚信原则和公平原则加以判断。[13]

### 1. 因根本违约而解除

计算机软件开发合同因根本违约而解除通常发生在委托方享有合同解除权的情形，此时委托方一般有权要求开发方返还已经支付的开发费用并按照合同约定承担违约责任。

---

[12] 参见最高人民法院（2021）最高法知民终 1431 号民事判决书。

[13] 参见最高人民法院（2020）最高法知民终 1545 号民事判决书。

如果合同没有约定违约责任，委托方有证据证明其存在其他损失的，违约方也应予以赔偿。开发方已经完成的开发内容并不需要委托方进行折价补偿，因为合同无法履行的责任主要或者完全在于开发方。

**2. 双方对于合同解除均有过错**

如果双方对于合同的解除均有一定过错，那么在确定合同解除后的法律责任时不应简单地采取“恢复原状”的责任承担方式，而应综合考虑双方的过错程度、已经完成的开发成果所占的工作量等因素，确定是由开发方返还相应的开发费，还是由委托方继续折价补偿开发方已经完成的工作成果。

至于违约责任，可以基于双方的过错程度予以折抵。

在上诉人远健公司与被上诉人睿思玛特公司计算机软件开发合同纠纷案中，最高人民法院认为，虽然本案导致合同未能继续履行并解除的主要原因在于睿思玛特公司拒绝提供一期工程进行测试验收，但远健公司对于该结果的发生亦负有不可推卸的责任。远健公司对合同解除亦应承担相应的责任。合同解除后，睿思玛特公司虽因其违约行为不能获得一期工程剩余合同款，但对其已完成的一期网站开发工作的开发成本，远健公司就其过错应与睿思玛特公司进行分担。[14]

**3. 违约方解除合同**

对于违约方解除合同的情形，虽然合同解除后应当恢复原状，但是不能免除违约方的赔偿责任，违约方仍应就合同解除给非违约方造成的损失承担相应的违约责任。

在上诉人鼎捷公司与被上诉麦点公司计算机软件开发合同纠纷案中，最高人民法院认为，麦点公司作为违约方所本应承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。在麦点公司返还鼎捷公司已交付标的物的情况下，鼎捷公司仅能请求除返还原物之外所遭受的损失，即因已经提供的二次开发和技术服务遭受的损失。对于该部分损失，应当根据鼎捷公司的已付开发和服务成本、后续维护义务的免除等因素，合理确定其金额。虽然鼎捷公司已经完成了绝大部分功能点的开发，

[14] 参见最高人民法院（2020）最高法知民终 72 号民事判决书。

但是合同终止履行后也免除了其后期免费维护义务，同时考虑麦点公司主张的人员工资损失等经营成本与本案的关联程度等因素，维持原审法院认定麦点公司赔偿鼎捷公司 75 万元的认定。[15]

## 结语

计算机软件开发合同纠纷的审理在事实查明和法律适用方面均较为复杂，裁判结果可能与当事人诉请有所偏离。

为避免当事人诉累，达到实质性化解纠纷的目的，在审理过程中还应当注重发挥释明的作用，对于基于事实查明可能产生的不同法律适用，及时通过释明的方式引导当事人适时调整诉讼请求。

通过依法释明，在查明事实的基础上对合同是否解除、合同解除的后果等作出公平合理的认定。

作者：凌宗亮

来源：上海高院微信公众号

链接： https://mp.weixin.qq.com/s/hNOg164L-3WNY6QzJlJZfg

◆ **特别声明：**

此刊物以分享为本，仅供学习研究参阅，不视为弼兴律师事务所正式法律意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等，仅供参考使用。如有任何问题，欢迎随时与我们联系。

[15] 参见最高人民法院（2021）最高法知民终 1431 号民事判决书。