

Categorization Study on the Determination of Trademark Infringement of Keyword Advertisement in Paid Listing

Qianyao Zhang, Taolue Zhang

Law School, Tongji University, Shanghai
Email: ztl@tongji.edu.cn

Received: Aug. 27th, 2017; accepted: Sep. 9th, 2017; published: Sep. 20th, 2017

Abstract

The study in this article starts from analyze the categorization of keyword advertisement in (web) search engine paid listing. Based on the standard of classification whether link entry and Search Engine Results Page (SERP) include other brand, the final appearance form of keyword advertisement service offered to Page Developers (PDS) by SERP is the following 4 types: Type 1: "Other brand included in both link entry and SERP"; Type 2: "Other brand included in SERP, not in link entry"; Type 3: "Other brand included in link entry, not in SERP"; Type 4: "Other brand not included both in link entry and SERP". By combing inland judicial precedent in the recent ten years, the advertisement of keyword advertiser is in justice practice further concluded the following 4 conclusions: constitutes both unfair competition and Trademark infringement, constitutes trademark infringement, constitutes unfair competition and constitution of no tort.

Keywords

Paid Listing, Keyword Advertisement, Trademark Infringement

竞价排名中关键词设置行为的商标侵权认定类型化研究

张倩瑶, 张韬略

同济大学法学院, 上海
Email: ztl@tongji.edu.cn

收稿日期: 2017年8月27日; 录用日期: 2017年9月9日; 发布日期: 2017年9月20日

摘要

本文的研究从搜索引擎竞价排名¹中关键词设置行为²的类型化分析出发, 依据链接条目及结果页中是否包含他人商标这一分类标准, 将搜索引擎向检索者提供的竞价排名服务最终呈现形式分为四类: 类型I“链接条目及结果页中都包含他人商标”; 类型II“链接条目中不包含他人商标, 结果页中包含”; 类型III“链接条目中包含他人商标, 结果页中不包含”; 类型IV“链接条目及结果页中均不包含他人商标”。通过对近十年国内司法判例的梳理, 进一步归纳得出司法实践中关键词投放者设置行为基本认定为构成不正当竞争和商标侵权、构成商标侵权、构成不正当竞争以及不构成侵权四种结论。

关键词

竞价排名, 关键词设置行为, 商标侵权

Copyright © 2017 by authors and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 竞价排名中关键词设置行为的商标侵权认定研究概述

1.1. 相关背景及研究现状

随着网络技术和互联网的普及, 搜索引擎在客观展示自然算法搜索结果的同时逐渐成为同行业经营者眼中炙手可热的商业推广平台。借助这个平台, 一些主观上企图攀附知名品牌商誉的竞争者为增加自身产品的曝光率和网站点击量, 恶意选取同行业中具有较高知名度的商业标识(如商标、企业名称字号、知名商品的特定名称等)作为提交给搜索引擎服务商的关键词, 当用户进入搜索引擎页面, 在输入框中进行关键词检索时, 由于自然搜索结果被搜索引擎服务商在后台以人为干预的方式改变了排列顺序, 此时, 关键词投放者选定的关键词就会响应搜索请求, 将其事先预设的链接条目和网站推广信息显示在较为靠前的位置, 从而获得搜索者更高的关注度及点击量, 攫取同行业竞争者的商业交易机会并不正当获利。“自2006年国内发生第一起相关案件³迄今, 该类纠纷数量逐年不断攀升, 同时具有受诉主体高度集中的特点, 其中百度公司受诉率最高, 占比约90%。竞价排名诉讼在案由类型上包括侵犯著作权纠纷、侵犯商标权纠纷、侵犯财产权纠纷、不正当竞争纠纷、垄断纠纷等类型。其中, 不正当竞争纠纷数量占比连年攀升, 在2015年, 甚至成为竞价排名纠纷中唯一诉讼类型⁴。”

国内学者对竞价排名中关键词的设置和链接情况类型化研究曾进行过一定的探索, 黄武双提出, 对于关键词首先应区分其属于知名商标还是普通词汇, 但值得注意的是, 知名商标与普通词汇本就不是完全对立的词汇, 二者之间并没有清晰的界线, 可能存在重叠的情况, 如果依据此种关键词分类方法认定

¹ 本文统一使用“竞价排名”这一表述。但应指出的是, 目前诸如百度等提供“搜索推广”的搜索引擎, 并非简单以出价高低作为链接排名的唯一要素, 而是综合计算网站自身质量度等要素, 因此“推广链接”的称谓可能更加精准。参见李帅(百度公司法律顾问):《论竞价排名的非广告属性》, <http://www.yangqiu.cn/Femorning/767154.html>, 2016-01-23。

² 本文所指的“关键词设置行为”作扩大解释, 包括对于关键词的选择、设置以及推广链接条目内容的设置行为。

³ (2006)朝民初字第5939号。虽然“北京德都诉北京三七二一案”的案由是著作权侵权纠纷, 但案件事实及判决原文中均涉及到竞价排名服务中关键词检索及链接条目的认定, 故笔者在此将其列出。

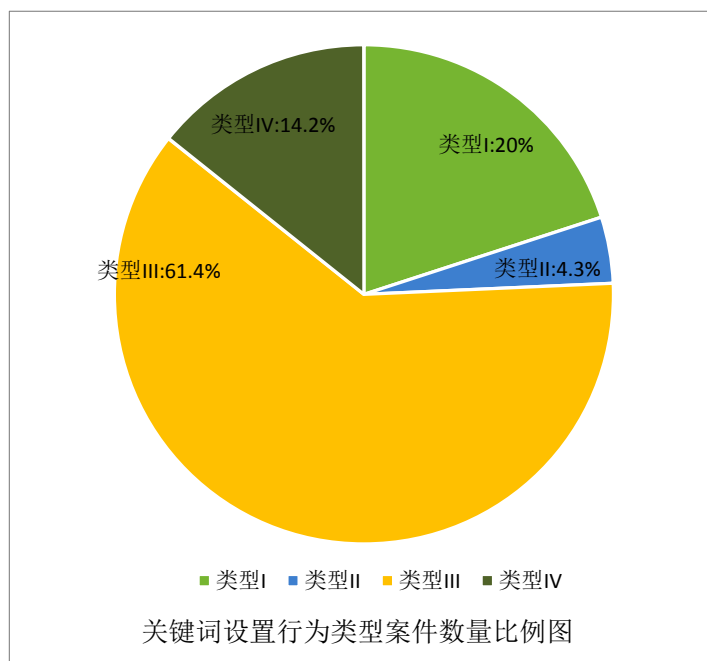
⁴ 王红霞. 近十年竞价排名纠纷中搜索引擎法律责任实证研究. 第十一届中国法学青年论坛以“互联网治理与法治发展”为主题的第二分论坛发言. <http://www.competitionlaw.cn/info/1018/24141.html>, 2016-11-18。

是否构成侵权, 则会陷入混乱[1]。李岑认为, 链接的标题、文字部分包含他人商标是否构成商标侵权要视不同情况而定: 1) 链接中没有出现关键词; 2) 推广链接中的商标使用构成指示性的合理使用; 3) 使用他人商标直接链接到自己的网站[2]。

笔者认为, 学者李岑提出的分类方法相较于其他文献中的方法更为合理, 其紧扣搜索引擎关键词搜索的每一检索步骤, 从是否易于构成搜索者混淆、认定商标侵权的角度进行考虑, 选取了链接条目和网站结果页面这两个重要的搜索结果呈现节点, 本文在此基础上, 对该分类法进行细化。具体而言, 即依据链接条目及结果页中是否包含他人商标的分类标准, 将关键词设置行为分为四类: 类型 I “链接条目及结果页中都包含他人商标”; 类型 II “链接条目中不包含他人商标, 结果页中包含”; 类型 III “链接条目中包含他人商标, 结果页中不包含”; 类型 IV “链接条目及结果页中均不包含他人商标”。

1.2. 案例样本统计及案例争议焦点的归纳

经过统计, 本次撰写的案例综述中所选取的 70 件案例⁵中属于类型 I 的案例数量为 14 件, 类型 II 的案件数量为 3 件, 类型 III 作为最常见的一种关键词设置形式, 案例数量为 43 件, 类型 IV 的案例数量为 10 件。



通过对 70 个典型判例的整理, 笔者发现这类案件主要争议焦点如下: (一) 被告实施的以原告商标或企业名称为关键词的设置行为是否构成对原告注册商标专用权的侵犯; (二) 被告向搜索引擎服务商提供关键词, 在后台预先更改自然搜索结果的行为是否构成不正当竞争等。

2. 类型 I “链接条目及结果页中都包含他人商标”

在司法实践中, 类型 I 看似是四种类型中最易于认定商标侵权的形式, 但是仍然存在四种不同的认定结果, 即同时构成不正当竞争和商标侵权、构成商标侵权、构成不正当竞争以及不构成侵权四种观点。

⁵ 本案例综述所选取的 70 份案例样本是以北大法宝、中国裁判文书网、Westlaw China、无讼案例等法律类案例检索平台为检索依据, 设置“竞价排名”、“关键词”、“搜索引擎”等相关关键词进行检索, 通过阅读案例判决原文, 收录与本次选题关联最为密切的司法案例。

2.1. 同时构成不正当竞争和商标侵权

在 2007 年大众交通等诉百度搜索引擎⁶案中, 法院通过确认原被告提供的服务类似, 被告网站网页在显著位置擅自突出使用原告企业名称字号以及构成虚假宣传的事实, 认定原被告属于同行业竞争者, 被控行为将会导致相关公众产生误认, 故直接判定构成商标侵权和不正当竞争。

2.2. 构成商标侵权

在 2014 年广州博冠诉杭州乐港⁷案中, 法院认为文字属于商标中的主要部分, 构成涉案商标的显著特征, 且原告商标具有较高的知名度, 故相关公众更容易认为二者之间存在关联关系, 从而产生混淆, 并明确被告将原告商标设置为搜索引擎关键词的行为和在其网站使用涉案商标的行为侵犯了原告的商标专用权。同时, 法院在此判决中对于关键词投放者在后台设置关键词的行为作出了进一步的认定, 认为这一行为亦构成商标侵权。

2.3. 构成不正当竞争

在 2013 年信实德等诉吉鼎⁸案中, 原被告之间的关系稍显特殊, 在本次的案例样本中具有一定代表性。原被告之前为合作关系, 后被告转让股份, 终止与原告的合作, 并成立了与原告经营业务相似的新公司, 被告公司的最初名称亦带有此次系争的企业名称字样, 双方在此之前就曾因企业名称权产生多次诉讼, 并且被告在与原告订立的协议中承诺不再以原告“信实德”作为公司名称或宣传使用, 但被告在第一次变更公司名称时明显刻意规避, 仅将科技公司变更为技术公司, 后经过多次诉讼, 包括判决和调解, 最终改为现名称吉鼎公司。本案中, 被告在网站中仍使用带有“信实德”字样的原名称进行宣传, 且在百度排名中名列第二、三位, 并将其中一个标注为“官方入口”, 法院由被告在公司名称已经变更的情况下仍排名如此靠前的现状推定应存在竞价排名的情形, 故认定被告违背双方达成的协议, 怠于履行法院文书, 在最终变更名称后仍在其经营活动中擅自将原告企业名称中的关键字用于经营活动, 足以使相关公众对二者之间的关联关系产生误认, 此外, 被告将原告的销售业绩作为其自身业绩在网站进行推广, 亦构成虚假宣传, 结合以上行为, 最终认定构成不正当竞争。

2.4. 不构成侵权

在 2007 年北京全脑教育诉昆明精英特⁹案中, 法院认为: “全脑”、“全脑速读”的概念和表述本身并非原告所独创, 在其获得相关商标权之前, 词汇已具有特定的、被普遍认可和使用的文字含义, 即使在原告获得专有商标权之后, 系争关键词仍在相关领域内被广泛使用。因此, 相关文字的原有含义并不消灭, 且被控行为本质上是对被告网站、产品、服务的内容和特点所进行的说明和描述, 并不具有区分商品、服务提供者的功能, 也不会造成相关公众的混淆或误认, 故属于在原有文字含义范围内的正当使用。即法院认定被告在链接条目和结果页中对他人商标的使用只是对其商品、服务的描述性使用, 并不是以企业名称的方式进行使用, 不构成商标侵权, 且被告公司在其自身网站的明显位置均标明了自己的公司名称, 足以使相关公众正确判断商品来源, 不会造成混淆误认, 亦未构成不正当竞争。

笔者认为一些法院由原告商标具有较高知名度, 故二者更容易产生混淆的推理是不恰当的, 被告在明知原告商标具有较高声誉的情况下仍然选择其作为关键词, 主观上确有攀附他人商标声誉的意图, 但

⁶一审: (2007)沪二中民五(知)初字第 147 号; 二审: (2008)沪高民三(知)终字第 116 号。这是国内第一批具有代表性的竞价排名案件之一。

⁷(2014)杭余知初字第 227 号。

⁸(2013)海民初字第 23183 号。

⁹(2007)海民初字第 7134 号。

这并不是产生混淆的直接原因, 如果想要证明混淆的可能性, 应着重论证二者的商标构成近似, 易于导致相关公众产生误认, 但许多法院在说理时并没有进行阐释。判例中亦存在原被告双方曾存在合作关系的情形, 法院在审理此类案件时, 将会着重考虑攀附商誉、“搭便车”行为的可能性, 并且可能在缺乏搜索引擎商证明的情况下通过关键词检索的结果情形推定存在竞价排名, 笔者认为这样的考虑具有合理性, 但是并不能由先前的合作关系直接推导得出, 需要结合具体个案情形认定。

值得注意的是, 并不是只要满足链接条目及结果页中都包含他人商标这一条件, 都会认定构成侵权, 法院会将关键词本身的文字含义以及本领域内使用状况纳入考量。如果在获得专有商标权之前, 这一词汇已经被普遍认可和使用, 被控行为对他人商标的使用只是一种描述性使用, 并不具有区分商品来源的功能, 则不构成商标侵权, 亦不能受到《反不正当竞争法》的规制。

3. 类型 II “链接条目中不包含他人商标, 结果页中包含”

类型 II 是本次设置行为分类中较为独特的一类案例样本, 但是被告同样通过搜索引擎在后台进行了关键词的预设。在现有判例中, 存在两种结论: 其一, 构成不正当竞争; 其二, 不构成侵权。

3.1. 构成不正当竞争

在 2006 年恒荣机泵厂诉方齐新¹⁰案中, 被告网站网页上进行了如下表述: “学习恒荣¹¹3L 专利型线的技术, 吸取有用处的经验, 开发了拥有自主知识产权的三叶罗茨鼓风机叶轮”、“属于 3L 专利技术上更新换代的新产品”、“产品返修率国内最低”。法院在被告未能证明“最新”、“最小”、“最低”等明显具有排斥竞争对手内容真实性的情况下, 认定其虚假宣传将不正当地取得竞争优势, 判定构成不正当竞争。

3.2. 不构成侵权

在 2010 年威力狮诉淘宝¹²案中, 原审法院认定原被告的商品服务类别不一致, 不属于同行业竞争者, 尽管相关公众搜索“威力狮”后, 淘宝网的链接会出现在搜索结果的显著位置, 但公众所看到的网页标题、网页描述等内容中均不含“威力狮”字样, 反而明确标注有与淘宝网相关的内容。通过结果页面中突出显示的“淘宝网”字样, 足以使相关公众明确认识到自己所使用的仍是淘宝网的信息平台服务, 并能够将该服务与网站中各个店铺提供“威力狮”产品的行为进行清晰分辨。故客观上, 被告行为只是介绍、描述淘宝网内搜索结果和淘宝店铺所售产品情况, 并不足以导致相关公众产生任何混淆或误认; 主观上, 被告没有将“威力狮”作为自身的商标进行使用, 并不具有侵权恶意; 故认定被告不构成侵权。二审法院认为被告淘宝网使用“威力狮”关键词在谷歌上进行搜索推广的目的只是方便公众接受互联网信息服务, 并不会导致混淆误认, 故维持原判。

4. 类型 III “链接条目中包含, 结果页中不包含他人商标”

类型 III 是此次检索到的案例样本中数量最多的一个类型, 比例约占样本总数的三分之二, 是国内司法实践中最为常见的关键词设置形式, 与类型 I 相同, 也存在四种不同的结论。

4.1. 构成商标侵权及不正当竞争

在 2015 年玄霆娱乐诉畅游时代¹³案中, 原审法院认为被告在“搜狗搜索”网站上设置关键词为“凡

¹⁰ (2006)通中民三初字第 0051 号。

¹¹ “恒荣”为原告注册商标。

¹² 一审: (2010)海民初字第 1092 号; 二审: (2012)一中民终字第 07255 号。

¹³ 一审: (2015)浦民三(知)初字第 141 号; 二审: (2015)沪知民终字第 522 号。

人修仙传”¹⁴的推广链接, 指向其“风云无双”网络游戏, 主观上具有指示其推广的商品来源的目的。涉案推广链接标题的长度较短, “凡人修仙传”为标题的显著部分, 明确指示了推广链接的游戏是“凡人修仙传”改编的游戏而非其他, 具有标识商品来源的作用, 故属于商标性使用。虽结果页面不包含原告商标, 但被告将其设置为关键词和链接条目的行为会造成相关公众混淆, 误认随后链接的网站与原告存在关联, 且是在同一种商品类别上使用相同商标, 故判定构成商标侵权。二审法院基本支持原审法院的观点, 并认为被告刻意攀附原告知名商品商誉的行为利用了原属于原告的竞争优势, 认定其行为同时构成不正当竞争。

4.2. 构成商标侵权

在 2009 年沃力森诉八百客¹⁵案中, 法院认为在文字部分为涉案商标显著部分的情况下, 认定被告使用了与涉案商标相近似的标识, 故进行这一关键词搜索的用户在看到被控侵权页面时, 具有混淆误认可能性。同时结合考虑双方提供的服务类别相同, 进行这一关键词搜索的网络用户对“xtools”仅具有商标意义上的认知, 故认为上述使用具有指示服务提供者的作用, 属于商标意义上的使用, 认定构成商标侵权。

4.3. 构成不正当竞争

在 2010 年乐淘诉谷歌¹⁶案中, 法院认为被告与涉案标记无任何事实上的联系, 对标记所凝结的商业价值没有作出任何贡献, 对其不享有任何正当民事权益, 无权进行商业性使用。故被告购买原告标记为关键词, 并在搜索结果页面优先展示自己网站的链接, 在上述标记与自己网站之间建立起直接联系, 不合理地抢占原告的商业机会, 利用原告的商业信誉, 违背诚实信用原则和公认的商业道德, 破坏了公正合理的市场经济秩序, 构成不正当竞争。

4.4. 不构成侵权

在 2014 年万学教育等诉北京尚学¹⁷案中, 法院认为“海文”存在多个商标申请主体, 原告的“海文考研”标识并未最终获得核准, 故对其不享有注册商标专用权, 且“考研”属于公有领域的词汇, 不能排除第三方的正当使用, 故原告对“海文”和“考研”均不享有专有权益, 且该组合“海文考研”在未产生新的显著性的情况下, 原告对其不享有专有性的权益, 故判定不构成侵权。

笔者认为被告网站中“学习原告某技术”等表述属于对原告商标的描述性使用, 虽然在客观上结果页面中包含了原告商标, 但并不会造成相关公众的混淆误认, 单从这一表述来看, 不构成侵权的判定是合理的。¹⁸对于组合商标, 法院通常将文字部分认定为涉案商标的显著部分, 尤其是在链接标题较短的情况下。

5. 类型 IV “链接条目及结果页中都不包含他人商标”

相较于其他设置行为, 类型 IV 特殊之处体现在设置关键词、检索关键词、触发链接条目、直至用户浏览结果页面的全过程中, 除去用户自行输入关键词这一步骤之外, 关键词并未出现在链接条目或结果页面中, 即这种“隐性使用”他人商标的行为, 仅表现为向搜索引擎服务商预先埋置了这一关键词作为

¹⁴ “凡人修仙传”为原告注册商标。

¹⁵ 一审: (2009)海民初字第 26988 号; 二审: (2010)一中民终字第 2779 号。

¹⁶ (2010)海民初字第 15755 号。

¹⁷ (2014)海民初字第 5754 号。

¹⁸ (2006)通中民三初字第 0051 号。法院最终依据虚假宣传行为认定构成不正当竞争, 笔者认为与被告网站页面上出现的“学习原告某技术”的表述无关, 法院在判决中亦没有对此点进行评析和认定。

触发自己网站的索引信息。由于这种设置行为较为隐蔽, 导致法院在认定侵权的问题上, 出现了三种结论: 构成商标侵权; 构成不正当竞争; 不构成侵权。

5.1. 构成商标侵权

在 2010 年梅思泰克诉安固斯¹⁹案中, 法院认为被告以“梅思泰克”为关键词, 购买、使用“谷歌”竞价排名服务的行为侵犯了原告所享有的注册商标专用权。虽然被告网站中并没有显示原告商标, 但被告确以商业性目的利用原告声誉吸引消费者对其网站的访问, 且网址下方的推广内容介绍为“PHT 光氢离子空气净化装置”, 与原告项目名称完全一致, 故易于造成公众混淆, 最终认定构成商标侵权, 二审维持原判。

5.2. 构成不正当竞争

在 2014 年罗浮宫诉连天红²⁰案中, 原审法院认为被告将包含原告“罗浮宫”商标的“罗浮宫家具”设置为关键词, 撰写“红木家具品牌连天红高贵不贵 www.liantianhong.com”的推广标题, 导致相关公众对二者产品产生混淆和误认, 构成商标侵权。二审法院认为涉案行为并不属于商标性使用, 不宜认定为商标侵权。但该行为不正当地利用他人商标的知名度, 使用户产生不恰当联想, 误导普通用户, 不合理获取交易机会, 属于违背诚实信用原则及公认的商业道德的不正当竞争行为。

5.3. 不构成侵权

在 2011 年费希尔厂等诉百度²¹案中, 法院认为: 被告将与原告“慧鱼”商标相关的文字设置为关键词, 其设置行为系在计算机系统内部操作, 不属于商标性的使用, 亦未对涉案商标的功能产生损害, 不构成商标侵权。且被告设置的推广链接描述及其公司网站的内容足以表明其提供的商品来源, 并未故意造成与原告的混淆误认或使人认为二者有特定的联系。虽然被告的设置关键词的行为确有“搭便车”的意图, 但综合考虑其设置推广链接的具体情形、关键词广告市场特性以及网络用户的认知水平等因素, 其行为尚未达到违反诚实信用原则和公认的商业道德的程度, 其行为不构成不正当竞争, 即不构成侵权, 二审维持原判。

在这一类型中, 由于链接条目及结果页均未出现涉案关键词, 故法院在认定构成侵权时也更多地处于链接条目附近的推广内容纳入是否可能构成混淆和误认的考量范围, 笔者认为这一做法是合理的。

6. 结论

通过对以上四种关键词设置行为的类型化梳理, 可以发现根据关键词设置行为的不同, 可能出现构成不正当竞争和商标侵权、构成商标侵权、构成不正当竞争以及不构成侵权四种结论。

在商标侵权认定中, 国内法院对于“商标性使用”这一概念的适用十分混乱, 有的法院认为在类型 IV 中, 关键词并未直接作为商业标识向公众展示, 不具有区分商标来源的功能, 故不属于商标性使用; 有的法院认为双方服务类别相同, 搜索者以关键词形式进行检索, 是出于对关键词商标意义上的认知, 属于商标性使用。

在不正当竞争行为认定中, 法院主要是从原被告是否具有竞争关系出发, 以使用他人商标建立起与自身网站的直接联系或进行虚假宣传, 将不合理地抢占他人商业机会、破坏竞争秩序为由认定构成不正当竞争。

¹⁹ 一审: (2010)锡知民初字第 188 号; 二审: (2011)苏知民终字第 33 号。

²⁰ 一审: (2014)莆民初字第 406 号; 二审: (2015)闽民终字第 1266 号。

²¹ 一审: (2011)一中民初字第 9416 号; 二审: (2013)高民终字第 1620 号。

在不构成侵权的认定中, 法院主要是从关键词的性质和使用目的两个角度排除侵权可能, 未能取得专有权益的公有领域关键词的使用、作为公有领域内普遍认可和使用的文字含义进行使用以及合理性的描述使用均是允许的。

这些领域法律适用标准的不一致, 给市场主体相关行为的合法性判断带来了困难, 需要立法和司法机关予以重视并尽快统一相关的法律适用标准。

基金项目

本文获得国家社科一般项目(15BFX170)和上海市哲学社会科学规划一般课题(2014BFX002)的资助。

参考文献 (References)

- [1] 黄武双. 搜索引擎服务商商标侵权责任的法理基础——兼评“大众搬家”诉“百度网络”商标侵权案[J]. 知识产权, 2008(5): 53-58.
- [2] 李岑. 竞价排名机制中搜索引擎服务商的侵权责任认定——以中外司法实践对比为视角[J]. 电子知识产权, 2015(Z1): 114-119.

知网检索的两种方式:

1. 打开知网页面 <http://kns.cnki.net/kns/brief/result.aspx?dbPrefix=WWJD>
下拉列表框选择: [ISSN], 输入期刊 ISSN: 2379-3074, 即可查询
2. 打开知网首页 <http://cnki.net/>
左侧“国际文献总库”进入, 输入文章标题, 即可查询

投稿请点击: <http://www.hanspub.org/Submission.aspx>
期刊邮箱: ds@hanspub.org