



# 互聯網與中國法律

## 關鍵詞服務中搜索引擎 服務商的義務和責任

文 / 罗 莉

2008年，当时中国最大的两个搜索引擎服务商——百度和谷歌相继因为提供关键词服务而陷入了侵犯商标权的诉讼之中。同样是因为第三方网站购买了他人商标作为关键词，将他人商标用在自己网站上并且提供与商标权人相同或者相似的服务，百度被认定为构成帮助侵权，而谷歌则无须承担责任。两个相似的诉讼，一审判决结果截然相反，曾经导致了公众的困惑，引起了法律界的激烈争论。后谷歌案中的二审法院推翻了一审判决，使得两个案件的最终审理结果一致，似乎意味着搜索引擎对由于提供关键词服务而导致对他人商标权的侵犯必须承担责任。然而，在这些判决书中，法庭的部分推理或者语焉不详，或者不能令人信服，引起了一些学者的质疑。学界对这两个案例的分析多从间接侵犯商标权的构成要件、搜索引擎服务商的注意义务等方面来进行，却没有探讨搜索引擎提供关键词服务本身是否构成商标使用，搜索引擎服务商在关键词服务中的角色和作用，而后者才

是确定搜索引擎在提供关键词服务中的义务和责任问题的前提。搜索引擎还将继续提供关键词服务，类似的纠纷还会不断出现。因此，为了规范搜索引擎的经营，为了给关键词服务提供一个稳定的外部法律环境，有必要探讨搜索引擎提供关键词服务的法律性质及其在提供该服务中的义务和责任问题。

### 一、侵犯商標權行為以存在商標使用為前提

判断一个行为是否构成对商标权的侵犯，首先需要检查该行为是否构成商标使用行为，因为侵犯商标权行为必然是商标使用行为。商标使用行为的存在是侵犯商标权的行为得以成立的前提。

法律授予商标权人排他权的目的在于保证商标权人对商标的使用，保障其商标功能的实现。商标功能的实现依赖于商标使用，而商标的使用则是以实现商标功能为目的。没有商标使用，无法实现商标的功能。反之，对商标标识的使用如果与实现商标功能无关，也不构成商标使用。

商标的原始功能也是其主要功能是表明商品或者服务的来源，将其与其他同类商品和服务区别开来。这一点被体现在中国《商标法》第8条中。商标的其他功能，如产品质量保障功能、广告功能、交流功能等均是在商标表示来源功能的基础上派生而来的。因此，商标法给予商标权人排他权的目标是禁止他人使用相同或者相似的标识，防止消费者对商品或者服务来源产生混淆。判断一个行为是否构成对他人商标权侵犯的混淆理论，自然是以商标使用行为的存在为前提，因为，一个不构成商标使用的行为是无法使得某个商品或者服务的来源与其他商品或者服务的来源相混淆的；而即使是后发展的商标淡化理论，也是以商标使用行为的存在为前提，因为商标淡化行为，即他人在与权利人商标登记项下不同的其他商品或者服务上使用与其商标相同或者相似的标识，其目的还是为了让消费者识别其商品来源，尽管其目的或者结果可能正是在这一点上误导消费者。

《商标法实施条例》第3条指出商标使用包括将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。需要明确的是，不是所有对商标标识的使用都是商标使用。商标由文字、图形、色彩等符号或其组合构成。这些符号可以被用作商标标识，但也可以被用于其他用途、实现其他功能。显然，某个文字、某个图形或者某个色彩及其组合不会因为被某个商家注册成为某类商品或者服务的商标，就只能作为商标使用，从而无论以何种方式使用该文字、图形或者色彩及其组合均构成商标使用。因此，如果某个被注册为商标的符号，被用在与实现商标功能完全不同的背景下，比如，一篇对行业中新产品进行介绍的文章不可避免地要用到一些商标标识，这种对商标标识的使用显然不构成商标使用。即使是在商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者在广告宣传、展览及其他商业活动中使用商标标识，也不一定必然构成商标使用。《商标法实施条例》第49条即规定，“注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用”，明确将某些对商标标识的使用排除在侵犯商标权的行为之外。因此，只有

构成商标使用的行为才可能侵犯他人的商标权；反之，不会引起对商标任何功能的损害行为，即使使用了与商标标识完全相同的符号，商标权人也无权阻止。

## 二、搜索引擎服务商将商标用作关键词是否构成商标使用

百度和谷歌提供的关键词服务，虽然存在一些不同，但都是一种信息检索服务。一个网络用户输入一个或者多个词进行搜索，搜索引擎提供一系列与这些词关联最为密切的网站地址以及与这些词有关的简短的网站内容，并以与关键词的关联度高低为序排列。这些被称之为搜索的“自然”结果，这项服务为免费服务。引起争议的是百度和谷歌在此基础上提供的收费服务。广告者可以通过向百度和谷歌付费，从而使得当其选定的关键词被搜索时，其网站地址及简短的商业介绍会出现在“赞助商链接”“sponsored links”或者类似栏目中。这个栏目或者被放置在屏幕的右侧，即在自然结果的右侧；或者放置在屏幕的上方，即自然搜索结果的上方。

《商标法》并没有对“商标使用”下一个定义。

《商标法实施细则》第3条“商标的使用，包括将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中”，也仅仅列举了一些商标使用行为。但从这些所列举的行为中，我们仍然可以总结商标使用行为所必须满足的条件：一方面，该使用必须是在商业活动中；另一方面，该使用必须与商品或者服务相联系。

商业活动，即指以获取经济利益为目的的活动。如果使用与商标相同的符号发生在市场背景中，意在获得经济优势，而不是作为一个私人事务，则构成商业使用。假设某个产品的忠实客户设立一个网站宣扬该产品，讨论使用该产品的心得，并互相联系——这种情况在现实中并不罕见，例如，时下较为流行的车友会。他们很自然的会使用这个产品的商标作为网站元代码，使得该网站会在人们用该商标进行搜索时出现。当然，这种网站是在搜索的自然结果（不是赞助商栏目）中出现。这种使用则完全是一种私人事务，没有以获取经济利益为目的，不构成在商业中使用。搜索引擎服务商提供关键词服务，使得广告者得以推广其商品和服务。广告者消费此项服务的目的在于获



取经济利益，搜索引擎服务商提供该项服务也是以营利为目的。事实上，无论是百度的所谓“竞价排名”服务还是谷歌的“广告词”服务，都是收费的。因此，搜索引擎提供关键词服务，包括允许第三方使用他人商标作为关键词，是一种商业活动。

搜索引擎服务商在提供关键词服务中，作为关键词的商标是否与搜索引擎的商品或者服务相联系呢？不可否认，商标和搜索引擎服务商所提供的服务有着十分密切的联系。搜索引擎提供的是一种网络信息服务，作为关键词的商标是启动该服务的动因；该商标也常常出现在搜索结果所包含的网站中；即使没有出现在结果网站中，作为关键词的商标仍是将搜索与搜索结果相联系的工具。不过，作为关键词的商标虽然与搜索引擎服务商的服务有着十分密切的关系，却并不意味着这些搜索引擎服务商以与其商品或者服务相联系的方式使用这些作为关键词的商标。事实上，搜索引擎服务商根本就没有使用这些作为关键词的商标。第三方必须是在自己的商业交往中使用与他人商标相同的符号，才构成商标使用。关键词，包括与注册商标标识相同的关键词，并不由搜索引擎服务商决定，而是由客户自行选择。因而，关键词是多种多样的，其中包括很多商标，也包括很多非商标词语，比如产品名称、行业名称、地名等。其次，用作关键词的商标与其它非商标的关键词所起的作用并无二致，只是用户启动搜索服务的工具和搜索引擎服务商提供服务的一种依据，而不表示搜索引擎服务商的商品或

者服务的来源。否则，将推出任何一个被作为关键词搜索的词语都被搜索引擎服务商用来表示其商品或者服务来源的荒诞结论。而且，任何一个有理智的网络用户在用关键词进行搜索时都知道，自己在接受百度或者谷歌的服务，而不是这两个案件中所涉及到的商标“大众”和“绿岛风”的权利人所提供的服务。

搜索引擎服务商允许他的客户使用他人商标作为关键词，但自己并没有使用这些符号。这个结论并不因为搜索引擎服务商从关键词广告中获取了收益而有所改变。为使用他人商标作为关键词创立技术条件并且因为该项服务而收费，并不意味着提供这项服务的搜索引擎自己使用了这些符号。

因此，搜索引擎服务商将商标用作关键词不构成商标使用。

三、廣告者將他人商標作為關鍵詞如果侵犯他人商標權，搜索引擎是否構成共同侵權？

广告者，即购买百度或者谷歌关键词服务的客户，则完全有可能因为将他人商标用作关键词而构成侵权。广告者使用他人商标作为关键词，目的在于使网络用户在用该关键词进行搜索时，其用以提供商品或者服务的网站会出现，从而达到其商品或者服务为更多人知晓的目的，即广告目的。因此，广告者是将这些商标用于商业活动中而不是私人事务中，完全符合《商标法实施细则》第3条对商标使用的定义。如果说，广告者的网站不包含作为关键词的他人商标，且广告者的链接等信息出现在与自然搜索结果相隔离的“赞助商”栏目下，一般网络用户不会将其与商标权人的网站相混淆或者认为二者之间存在某种经济联系，这种做法是否侵犯了商标权人的权利，法律界对此还存有争议。那么，如果广告者在其广告中使用了作为关键词的商标标识，且将其与该商标核准使用的商品或者服务相似的商品或者服务相联系，正如百度和谷歌案中的情况，则构成了对他人商标权的侵犯。

对于广告者将他人商标作为关键词因而侵犯他人商标权的行为，搜索引擎是否应承担共同侵权责任？百度和谷歌案中的法庭均认为两个搜索引擎客观上帮助了第三方网站实施了商标侵权行为，并造成了损害结果；主观上未尽合理注意义务，存在过错，因此，与直接侵权的第三方网站构成共同侵权。

从客观上来说，搜索引擎的关键词服务的确扩大了广告者的这种侵权行为后果。但是否构成共同侵权，还需要满足主观要件，即行为人主观上有过错。而要判断搜索引擎服务商是否主观上对这种侵权后果的扩大存在过错因而需要承担责任，还需要从关键词服务的性质来考察。在关键词服务中，搜索引擎服务商为广告者储存一定的数据，例如，广告者选择的关键词、广告链接和相关的商业信息以及广告者网站的地址，并使网络用户在用广告者选定的关键词进行搜索时，广告者的链接会出现在搜索结果网页上。因此，搜索引擎服务商提供的是中国《信息网络传播保护条例》第22条规定的主机服务和第23条规定的搜索及链接服务。由于广告者通过其网站使其商品或者服务为网络用户所知，因此，广告者的网站也可以被看作是一种广告，而搜索引擎服务商的身份也可以被看作是《广告法》第2条所指的广告发布者。无论是广告发布者，还是主机和搜索及链接服务的提供者，根据《信息网络传播保护条例》和《广告法》，对其所服务对象的侵权行为只有在“明知或者应当知道”的情况下才承担共同侵权责任。

那么，如果广告者在使用他人商标作为关键词时，搜索引擎是否“应当知道”呢？换言之，搜索引擎是否有能力注意到侵权行为的发生呢？搜索引擎提供关键词服务，并不提供关键词本身。关键词是广告者自行选定。关键词一旦选定，也是由软件自动处理。搜索引擎服务商无法承担对广告者使用其购买的关键词是否构成侵权进行审查的义务，因为一方面，购买关键词的广告者以及所购买的关键词数量庞大；另一方面，作为关键词的商标标识还可以以不构成商标使用的方式使用，搜索引擎更无能力对购买了关键词的广告者的网站进行审查，以确定广告者是否以构成侵权的方式使用关键词。搜索引擎的注意义务也不应当如百度案件中的法庭所认为的那样与商标的驰名程度有关。因为驰名商标也同样数量众多，且其标识同样可以被以非商标使用的方式使用。搜索引擎的注意义务也与其是否收费没有关系。收费并不改变该项服务的性质，也不会增强搜索引擎服务商对于其所提供信息的控制性。因此，收费与否不影响搜索引擎在关键词服务中所应当承担的责任。《网络信息传播保



护条例》第22条和第23条中针对主机和搜索及链接服务的提供者所提供的避风港，也没有要求服务商提供服务时必须免费。

因此，即使广告者将他人商标作为关键词侵犯了他人商标权，如果搜索引擎服务商在关键词服务中的行为是纯粹技术性的、自动的和被动的，即没有改变广告者提供的关键词及其网站内容，则根据《网络信息传播保护条例》第22条和第23条，其义务仅限于在接到权利人的通知书后，及时删除广告者储存在其服务器中的信息，使得侵权者的信息在以其设定的关键词进行搜索时不再出现。搜索引擎服务商履行了此义务，则不需要就广告者的侵犯他人商标权行为承担赔偿责任。

#### 四、結論

搜索引擎在提供关键词服务中对与他人商标标志相同的符号的使用没有被用来表示关键词服务本身的来源，不构成商标使用，因此，不对关键词服务所引起的侵犯商标权行为承担直接侵权责任。搜索引擎服务商在关键词服务中所起的作用和地位与其在提供其他信息检索服务中所起的作用和地位并没有什么不同，因此，也不因为关键词与他人注册商标标识相同而需要承担较严格的注意义务。只要搜索引擎服务商在提供关键词服务中保持了纯粹技术性的、自动的和被动的地位，则即使广告者使用他人商标作为关键词侵犯了他人商标权，搜索引擎服务商的责任也仅限于及时删除违法信息。（作者系中國人民大學法學院副教授）

# The Internet and Chinese Law



## Obligation and Responsibility of Search Engine Service Providers in Keywords Service (Abridged translation)

By Luo Li

Associate professor with the Law School of Renmin University of China

In 2008, baidu.com and Google.cn – the two largest search engine search providers in China then – were locked in lawsuits over trademark infringement one after another. The courts trying the cases determined that both purchased from websites operated by third parties trademarks of others as keywords, used trademarks of others on their websites, and provided services identical or similar to those of the relevant trademark owners. However, the court trying the case of Baidu.com ruled that the act of Baidu.com constituted contributory infringement while the court trying the case of Google.cn ruled that Google.cn did not have to take any responsibility. Namely, the two similar lawsuits resulted in absolutely difference rulings in first-instance trials, which once caused public obfuscation, and which sparked an intense debate in the legal community. Then, in the second-instance trial of the case of Google.cn, the court of second instance overturned the first-instance ruling, eventually making the rulings in both lawsuits uniform in the final instance trial, as if it meant that search engine service providers had to take responsibility for infringement of trademark rights of other parties arising from the provision of keywords service. However, in the judgments in both cases, parts of

the reasoning by the courts are neither specific in wording nor convincing, giving rise to questioning by some legal scholars. In analyzing the two lawsuits, the jurisprudential community in China has mostly focused on constitutive requirements of indirect trademark rights infringement, the duty of care of search engine service providers, etc, but failed to conduct exploration into the question of whether the provision of keywords service by search engine service providers constituted a use of trademarks, and the roles and functions of search engine service providers in the provision of keywords service. In reality, the latter is a premise for determining the obligation and responsibility of search engine service providers in keywords service. In future, search engine service providers will continue providing keywords service, and similar disputes will keep emerging. Therefore, to regulate the operation of search engine service, and to provide a relatively stable external legal environment for keywords service, it is necessary to conduct exploration into the legal nature of keywords service by search engine service providers and questions concerning the obligation and responsibility of search engine service providers in keywords service.