

论使用他人商标作为关键词推广

杨佳芳

浙江工商大学法学院 浙江杭州 310000

摘要: 随着网络的兴起与发展, 关键词推广成为最有效的互联网广告之一。其中推广人为增加其商品或服务的曝光度, 使用他人商标作为关键词推广来, 相关公众进行相应搜索时在一定程度上产生困惑, 不利于公平竞争的市场运行以及市场的良性发展。要判断使用他人商标作为关键词推广的行为是否构成商标法意义上的侵权, 关键在于明确商标性使用与商标使用之间的差异以及行为是否具有混淆可能性。

关键词: 关键词推广; 商标性使用; 混淆可能性

On the use of other people's trademark as a keyword promotion

Jia-fang Yang

Law School of Zhejiang Gongshang University, Hangzhou, Zhejiang 310000

Abstract: With the rise and development of the network, keyword promotion has become one of the most effective Internet advertising. Among them, the promoter increases the exposure of their goods or services and uses others' trademarks as keywords to promote them. When conducting corresponding searches, the relevant public is confused to a certain extent, which is not conducive to the market operation of fair competition and the benign development of the market. To judge whether the behavior of using other people's trademark as keyword promotion constitutes infringement in the sense of trademark law, the key is to clarify the difference between trademark use and trademark use and whether the behavior has the possibility of confusion.

Keywords: Keyword promotion; trademark use; confusion possibility

一、关键词推广行为中产生的问题

随着信息技术与电子商务的发展, 商标的表现形式也得到不断变化, 商标侵权形式也不断改变, 由此也带来更多的商标侵权风险。关键词推广便油然而生, 为了吸引消费者注意力来推销其商品或服务, 一些商家在商品标题上尽可能使用多个关键词以增加被消费者搜索的可能性来获得更多的浏览量, 因而在实践中我们可以看到网购商品或服务的名称由于包含了多个关键词而变得非常冗长, 有些关键词甚至与产品不符。关键词推广服务原本一种以商品提供者通过搜索引擎中设置或购买关键词来提高搜索排行以增加浏览量的推广方式, 然而其中某些商家为了增加其商品关键词的搜索量, 巧妙借助他人商标作为自己商品或服务的关键词。当消费者以该商标作为关键词进行搜索时, 在搜索项中便可出现冠有该商标作为关键词的商品或服务。这种“搭便车”的行为若不加以控制, 将会严重侵害具有相应知名度的商标

名誉, 影响市场的良性发展。

对于恶意使用他人商标作为关键词推广的行为, 根据推广行为发生的空间普遍将关键词推广行为分为两类: 关键词的内部推广使用以及关键词的外部推广使用。从本质上讲, 二者的主要区别就在于将他人商标作为关键词推广行为的操作空间是在平台内部还是外部, 能否被相关公众直观感知。具体来说, 关键词推广的外部推广使用是一种直观的, 存在于商品链接标题或者页面详情等可为相关公众肉眼直观感知的方式, 与内部推广使用相比, 关键词的外部使用更容易使得相关公众产生误认的错觉, 误认为推广商品与关键词商标之间存在一定的关联或为该商标所核定注册之商品, 而在内部推广中, 相关公众无法在外部直观察到关键词, 但在搜索栏中会出现与关键词不相符合的产品。在网络购物中, 某些购物平台会在推广商品的页面上标注“广告”或“推广”字样来提示相关公众该商品的性质, 以避免造成混

淆。而关键词的内部推广使用是一种存在于购物平台系统内部而相关公众无法直接感知的关键词推广方式，相比于关键词的外部推广使用，经营者以相关公众不知晓的内部操作方式使用他人商标，不在商品标题、页面等位置显示，因此内部推广使用更具有隐秘性。这种使用他人商标作为自己商品或者服务关键词的内部推广使用和外部推广使用行为是否构成商标侵权呢？

二、商标法视野下的关键词推广

商标法的立法目的在于保护公众免受混淆，同时保护商标权人的商标财产权，防止他人“搭乘”与该商标有关的商誉和品质的“便车”^[1]。我国商标法将“商标性使用”和“混淆可能性”作为认定商标侵权的主要标准，二者缺一不可。有学者认为“商标性使用”和“混淆可能性”大致类似于“行为”与“结果”之间的关系^[2]。网络环境下的商标权与传统商标权并没有发生改变，因此判断使用他人商标作为关键词推广的行为是否构成商标侵权，首先应认定其行为是否构成商标性使用，在构成商标性使用的基础上再进行混淆可能性的认定，最后判定是否构成商标侵权。

（一）商标性使用

商标性使用将商标侵权行为限定在一个既定的范围内，起初，我国并没有将商标性使用作为商标侵权的前提，这将无限扩大侵权行为的范围，在认识到这个问题后，商标性使用便成为商标侵权的前提要求。根据我国商标法，商标性使用是指将商标用于识别商品来源的商业活动中的行为。美国《兰哈姆法》中将“商业中使用”定义为“一个商标在通常的贸易过程中的真诚的而非仅为保留该商标权利为目的之使用”。简而言之，构成商标性使用必须符合两个要件：一是特定行为属于商业活动；二是特定行为用于识别商品或服务来源。这就使得商标使用与商标性使用性质上根本不同。若不加区分混淆商标使用与商标性使用，其实是对商标性使用的一种不合理扩张解释，会造成大量不属于商标性使用的行为被判定商标侵权，影响商业活动的正常进行。关键词推广属于商业活动是毋庸置疑的，因此判断关键词推广的行为是否用于识别来源至关重要。

（二）内外部关键词推广均构成商标性使用

关键词推广是否属于商标性使用，学者有不同观点。持赞同意见的学者认为关键词推广实质上是网络环境下对商标性使用方式的创新，属于商标性使用^[3]。有的学者认为关键词推广分为内部和外部推广使用，并认为由于前者具有非公开性的特点，不能识别商品来源，不构

成商标性使用，而后者构成商标性使用。有的学者将关键词的外部推广使用分为仅将他人商标用作关键词推广和将他人商标以及核定使用商品作为关键词连用，并认为前者不构成商标性使用，而后者构成商标性使用。原因在于商标与特定商品未建立起联系，并没有发挥识别商品来源的功能^[4]。学者对关键词推广分类的不一，造成了的看法不一。以下主要从关键词推广行为存在的空间进行分类讨论。

关键词的外部使用在网购过程中主要表现推广者在自己的商品标题或者详情页面上使用他人的商标作为关键词，当相关公众搜索该商标时，在购物平台的搜索项中便会出现该推广者的商品，因此无论是仅将商标作为关键词推广还是与核定商品连用两种情况下均存在攀附他人商标的意图，当然理论上还有将。当相关公众在搜索栏中输入特定商标，本质上是对商品分类的过程，而不是指示性使用，即输入特定关键词，基于对购物平台的信任，相关公众同样完全有理由相信搜索栏中出现每一个搜索项都属于该商标旗下的商品或与该商标有一定的关联。因此这种行为本质上起到识别商品来源，构成商标性使用。司法实践中，“百度”案中原告发现在百度搜索栏中输入“上海大众搬场物流有限公司”后，搜索得到的网页链接与原告无任何关系。法院认为第三方网站未经原告许可在网页显著位置突出使用原告驰名商标，使相关公众产生了误认，侵犯了原告商标权。

一般情况下，商标性使用采用公开的方式，因此关键词的外部推广构成商标性使用基本没有争议。然而对于关键词内部推广是否构成商标性使用，目前仍有一定争议。有的学者认为关键词内部推广使用是作为一种交流工具而不是用来识别商品或服务来源。有的学者认为内部推广使用的隐秘性使得相关公众无法接触到，从而也就不会识别商品来源，因而不构成商标性使用，可用反不正当竞争法加以规制。有的学者认为将他人商标用作关键词推广的目的在于表明行为人所提供的是与商标所有人相同或类似的商品或者服务，是一种指示性作用，而不是识别性作用，因而不构成商标性使用^[5]。司法实践中对关键词的内部推广使用是否构成商标性使用态度不一，但大体上持否定态度。在罗浮宫诉连天红公司侵权一案中，一审法院认为被告将与“罗浮宫”商标有相同文字的“罗浮宫家具”设置为关键词，导致相关公众对二者所提供的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不属于商标性使用，属于不正当竞争行为。在费希尔厂、慧鱼公司诉百度、美坚

利公司商标侵权一案中，一审、二审法院均认定美坚利公司设置推广链接的行为存在于计算机内部而未向公众直观展示，不属于使公众将其识别为区分商品来源的行为。

关键词的内部推广使用与外部使用最大的区别就是内部使用以不公开的方式将推广行为“隐藏”起来，然而相关公众无法直观感知并不意味着内部推广行为不能识别商品来源。相关公众在搜索栏中输入关键词进行搜索的行为在本质上是在购物平台商品库中依据关键词对商品进行分类的过程，内部推广必须依附在关键词搜索的过程中，并在搜索的结果中得以实现。相关公众在购物平台的搜索栏中输入某特定商标，是对商品库中所有带有该特定关键词或与该关键词有联系的商品的分类，也就是识别商品来源的过程。尽管关键词的内部推广使用中主要操作过程都存在于计算机内部，但其内部使用与外部使用所要实现的效果是一致的。这种行为实际上利用了他人商标的独特性，而且是商标独特性的体现和商标功能的实现，符合商标性使用的实质特点^[6]。在相关公众在搜索栏中输入特定商标时，基于对购物平台的信任，同样完全有理由相信搜索栏中出现每一个搜索项都属于该商标旗下的商品或与该商标有一定的关联，因此关键词内部推广使用也构成商标性使用。

三、混淆可能性的判断

混淆可能性是确定商标侵权责任另一个重要因素。混淆一词具有广义和狭义之分，其中狭义的混淆特指相关公众对商品或服务的真实来源或出处发生误认，此种狭义混淆所说的“来源”或“出处”混淆一般发生在同种或同类商品之间。广义的混淆是指相关公众对商品或服务除了来源或出处的以外的其他方面发生误认。我国商标法采用的是广义说，即侵权行为认定中混淆标准的适用不仅局限在对商品或服务来源、出处上的误认，还包括从属关系或赞助关系的混淆等。对使用他人商标作为自己商品或服务的关键词进行推广是否具有混淆可能性需要分类讨论。

无论是以他人商标作为关键词进行内部推广还是外部推广都具有攀附的故意，然而最终呈现的状态不同。由于在外部推广中，相关公众可以凭借肉眼直观感知到作为关键词推广的商标，这就使得相关公众可能将推广的商品或服务与被使用商标联系起来，在同一种商品或者类似商品上使用时，对商品或服务的来源极易发生误认，极具混淆可能性。在4399被诉侵害网游“地下城与勇士”商标权一案中，4399公司表示其使用的竞价链接

并未导致游戏玩家对“地下城与勇士”游戏产生误认。一审法院认为“地下城与勇士”、“DNF”无论是作为商标还是游戏名称，都具有较高的知名度，已普遍被游戏玩家所熟知，4399公司投放关键词竞价排名的行为会误导网友，被诉侵权游戏攀附故意明显。二审法院认为网游公司存在通过盗用他人商标进行竞价排名，精准截留知名品牌的潜在游戏用户，得以实现广告成本锐减和误导游戏用户消费的事实。分析关键词推广行为的混淆可能性不应该只关注类似的名称或外观，同时也应该综合考虑其他因素，以准确认定关键词推广是否存在消费者混淆的可能性。在上述案件中，由于网络游戏用户对游戏产品存在一定的使用惯性，根据现实情况，在考虑是否存在混淆可能性时必须考虑考虑该类商标的特性以及消费者的成熟度等。

一般来讲，在关键词内部推广中，相关公众对于商品的混淆可能性低于外部推广，在推广方的商品或服务或其他描述足以表明其真实来源，便不会发生混淆的可能性，因此，混淆可能性的判断要根据综合情况判断，以相关公众为主要观察标准。在费希尔厂、慧鱼公司诉百度、美坚利公司商标侵权一案中，美坚利公司设置推广链接的行为存在于计算机内部，一审、二审均认定美坚利公司设置推广链接行为的描述及其公司网站的内容足以表明其提供的商品的来源，亦未导致费希尔厂及其关联公司的网络链接不能出现或导致其排序处于不易被网络用户识别的位置。虽然美坚利公司以与他人商标“慧鱼”相关的文字作为广告链接中的关键词的行为有借此提高其网页或产品广告出现在检索结果中机率的意向，但由于综合考量了其所设置的广告链接的具体内容、关键词广告市场特征和相关用户的认识水平等原因，其做法并没有达到违反诚实信用原则和社会公认的商业道德标准的程度。尽管使用他人关键词的内部推广在一定程度上具有“搭便车”的意图，在根据综合考量不一定引起混淆、引起误解或欺骗。

综上，关键词作为信息检索工具的一种，本质上就是为了增加曝光度，因此使用他人商标进行关键词推广的行为无论是外部推广使用还是内部推广使用都具有借机攀附他人商标知名度的意图，试图将他人商标与自己商品或服务建立一定联系，其中外部推广使用具有直观感知性而极具混淆可能性；以他人商标作为关键词进行内部推广应当具体问题具体分析，若推广者或推广商对推广商品或服务的真实来源做出相应标示，则不构成商标侵权。

四、结论

伴随信息传播的迅猛发展,商标作为企业的无形资产在网络环境下侵权途径和方式更加多样和多变。尽管推广人使用他人商标作为关键词推广的行为不一定构成商标侵权,但这种行为的根本意图在于攀附他人商标,搭他人商标积攒的知名度之便车,在一定程度上违背诚实信用原则,不利于公平竞争和市场经济的健康发展。作为具有一定知名度商标的企业,如何进行有效预防以及发现后如何进行维权也是必要课题。此外,如何完善关键词推广人的具体责任,在不构成商标侵权时是否构成不正当竞争,二者界限如何明确需要相关立法完善;在发生商品侵权时,如何界定搜索引擎服务商的行为以及与推广者共同侵权责任问题也需要做出针对性规定。

参考文献:

- [1]阳东辉.论互联网关键词广告的商标侵权认定规则[J].政治与法律.2016(9):118-125.
- [2]吕炳斌.商标侵权中“商标性使用”的地位与认定[J].法学家.2020(02):75.
- [3]何中龙.搜索引擎商关键词广告商标侵权及其认定[J].知识经济.2012(13):34.
- [4]刘润涛.关键词推广使用他人商标的反不正当竞争法规制[J].上海财经大学学报.2016年(04):125.
- [5]凌宗亮.仅将他人商标用作搜索关键词行为的性质分析[J].中华商标.2015(09):68.
- [6]王宇飞,雷艳珍,曹新明.“关键词检索”中的商标侵权问题[J].天津师范大学学报(社会科学版).2012(04):59.