

竞价排名中关键词使用的混淆认定

初始兴趣混淆的引入与平台责任

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 将他人商标设置为竞价排名的关键词, 是否构成商标侵权或者不正当竞争, 实务中的判断标准并不统一。分歧集中在三点: 其一, 将商标设置为关键词, 是否构成商标性使用; 其二, 混淆的判断时点, 是限于购买时的混淆, 还是可以延伸至购买前的注意吸引; 其三, 搜索结果页的标注方式, 在多大程度上影响混淆的认定。本文主张, 关键词的使用并非当然构成商标性使用, 须区分情形: 仅在后台设置而未在搜索结果中展示的, 属于内部使用, 若搜索结果本身未致混淆, 不宜认定侵权; 在推广标题或者描述中展示商标的, 属于商标性使用, 应进入混淆判断。在混淆的判断上, 宜有限度地引入初始兴趣混淆, 即用户在搜索阶段对商品来源产生误认, 纵其在点击后已消除误认, 亦可构成混淆; 但须设三项限制: 关键词须与他人商标相同或者近似; 推广内容须未明确标注广告属性; 混淆须达到相当程度, 而非个别用户的误解。在平台责任上, 宜区分主动参与和被动提供, 前者承担直接侵权责任, 后者仅在收到通知后未及时处理时承担相应责任。

关键词: 竞价排名; 关键词; 商标性使用; 初始兴趣混淆; 平台责任

中图分类号: D923.4 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2021)02-0013-12

Likelihood of Confusion in Keyword Advertising

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Whether setting another's trademark as a bidding keyword constitutes trademark infringement or unfair competition remains unsettled in practice. Divergence centres on three points: whether setting a trademark as a keyword amounts to trademark use; whether the timing of confusion is confined to the point of purchase or extends to pre-purchase attraction of attention; and to what extent the labelling of search results affects the finding of confusion. This article argues that keyword use is not automatically trademark use and must be distinguished: where the mark is only set in the backend and never displayed in search results, the use is internal and, absent confusion arising from the results themselves, infringement should not be found; where the mark appears in the title or description of the advertisement, it is trademark use and the confusion analysis applies. As to confusion, initial interest confusion should be introduced with limits: a user's mistaken belief as to source at the search stage may suffice even if dispelled after clicking, subject to three conditions, namely that the keyword is identical or similar to the mark, that the advertisement is not clearly labelled as such, and that the confusion reaches a substantial degree rather than isolated misunderstanding. As to platform liability, active participation entails direct liability, while passive provision entails liability only for failure to act upon notice.

Key words: keyword advertising; trademark use; initial interest confusion; platform liability; search engine

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究知识产权与竞争法诉讼。

一、问题的提出

在搜索引擎的输入框中键入某一品牌名称, 搜索结果页的最上方往往出现若干标注为广告的链接, 其标题或者描述中含有该品牌名称, 点击后却跳转至同行的网站。这一现象, 即通常所称的竞价排名。

商标权人对此多有不满, 认为自己的商标被他人用作引流工具, 商誉被攀附, 客户被截取。故提起诉讼, 主张商标侵权或者不正当竞争。被告则抗辩, 关键词系其自行选择,

搜索结果页已标注广告，用户不会误认，不构成混淆。

实务中的裁判并不统一。有的法院认定构成商标侵权，理由是被告将他人商标设置为关键词，属于商标性使用，且可能导致相关公众误认；有的法院认定不构成侵权，理由是搜索结果页已明确标注广告，且链接下方显示了被告的名称与网址，用户不会混淆；有的法院则回避商标侵权，转而适用反不正当竞争法，认定构成不正当竞争。

将他人商标设置为搜索关键词是否构成混淆、由谁担责，实务中的裁判并不统一，可参见把别人的商标设成搜索关键词：竞价排名算不算混淆、谁会担责一文所作的梳理。该文所列的分歧，正是本文试图回应的争点。

分歧的背后，是三处判断标准的不确定。第一处，关键词的使用是否构成商标性使用。商标性使用是商标侵权的前提，若关键词的设置不属于商标性使用，则无须进入混淆判断。

第二处，混淆的判断时点。传统的混淆判断，以购买时为基准，即消费者在作出交易决定时是否误认商品来源。而竞价排名的效果，往往发生在购买之前：用户在搜索阶段被吸引，点击进入被告的网站，此后即使知道不是商标权人的商品，也可能因便利而完成交易。此种情形，是否构成混淆，学理与实务均有分歧。

第三处，搜索结果页的标注方式对混淆认定的影响。若广告链接明确标注广告二字，且标题与描述中不含商标，则用户的误认可能性较低；若标注不明显，或者标题中含商标，则误认可能性较高。标注的差异，应否导致结论的差异，实务中的把握并不一致。

本文主张，三处判断须分别厘清：商标性使用应依使用的具体形态判断，不能一概而论；混淆的判断可有限度地引入初始兴趣混淆，但须设严格的条件；标注方式应作为混淆判断的重要因素，而非决定性因素。

本文的结构如下：先描述竞价排名的技术结构与法律结构；再讨论商标性使用的认定；继而讨论混淆的判断，包括初始兴趣混淆的引入与界限；然后讨论平台的责任与损害赔偿；最后提炼规则。

二、竞价排名的技术结构与法律结构

竞价排名的技术结构，可分解为三个环节：关键词的设置、广告的展示、链接的跳转。

第一个环节，广告主在搜索引擎的后台选择关键词，并为每个关键词出价。出价越高，其广告在搜索结果中的位置越靠前。关键词的选择，可以是自己的商标、商品的通用名称、描述性的词语，也可以是他人的商标。

第二个环节，当用户输入某关键词，搜索引擎根据出价与质量得分，决定展示哪些广告、以何种顺序展示。展示的形式，包括标题、描述、网址，部分搜索引擎还展示广告主的名称或者图标。

第三个环节，用户点击广告链接，跳转至广告主的网站。跳转的网址，可能与关键词无关，亦可能与商标权人的网址相似。

三个环节中，与商标侵权最相关的是前两个。第一个环节涉及关键词的设置，即广告主是否使用了他人的商标；第二个环节涉及广告的展示，即展示的内容是否导致误认。第三个环节涉及跳转后的混淆，属于传统的混淆判断范围。

法律结构上，竞价排名涉及三方主体：搜索引擎服务提供者、广告主、用户。三方之间的法律关系，分别是服务合同关系、广告发布关系与消费关系。商标权人并非此三方中的任何一方，其主张权利的基础是商标专用权受到侵害。

搜索引擎的法律地位，须予界定。其提供关键词竞价服务，属于广告发布者还是网络服务提供者？这一界定决定了其责任的性质与范围。

依互联网广告管理办法，为广告主或者广告经营者推送或者展示互联网广告，并能够核对广告内容、决定广告发布的，为广告发布者；仅提供信息服务，未参与广告经营的，为互联网信息服务提供者。搜索引擎兼有两种身份：其提供竞价排名服务时，属于广告发布者；其提供自然搜索结果时，属于信息服务提供者。

身份的界定，直接影响责任的承担。作为广告发布者，搜索引擎须依广告法第三十四条查验广告主的资质与广告内容，未尽查验义务的，承担相应的责任；作为信息服务提供者，其仅在收到通知后未及时处理时承担责任。

实务中，搜索引擎往往主张自己仅为技术服务提供者，适用避风港规则。这一主张难以成立：其不仅提供技术，还参与关键词的定价、广告的排序、内容的审核，早已超出单纯的技术服务。故宜认定其为广告发布者。

须注意，竞价排名的广告属性，在监管层面已经明确。互联网广告管理办法第九条规定，互联网广告应当具有可识别性，显著标明广告，使消费者能够辨明其为广告。故搜索结果页的广告链接，应标注广告字样。未标注的，属于违法广告。

这一规定，为混淆的判断提供了参照：若广告链接已依法标注，则用户的误认可能性较低；若未标注或者标注不明显，则误认可能性较高。标注因此成为判断的重要因素。

关键词的匹配方式，须作一点技术说明。搜索引擎提供三种匹配：精确匹配、短语匹配、广泛匹配。精确匹配指用户输入的词与关键词完全一致时方展示广告；短语匹配指用户输入包含关键词时展示；广泛匹配指用户输入与关键词意义相近时展示。

匹配方式的差异，影响侵权的范围。采广泛匹配的，纵用户未输入商标，亦可能因输入相关词而看到含商标的广告，其影响面更广；采精确匹配的，仅当用户输入商标时方展示，其针对性更强。故在判断主观过错时，匹配方式可作为参考。

还有一种技术安排，值得注意：搜索引擎的智能推荐。广告主设置若干关键词后，系统自动推荐相关的词，包括他人商标。广告主一键采纳，即将他人商标纳入自己的关键词列表。此时，关键词的设置是广告主的采纳行为，还是系统的推荐行为？

本文主张，采纳行为仍属广告主的使用行为。系统推荐只是提供便利，最终的决定权在广告主；广告主采纳，即表明其认可该关键词的使用。故不能以系统推荐为由免责。

但系统推荐亦影响过错的判断。若系统自动推荐并默认勾选，广告主未加注意而支付费用，其过错程度较低；若系统明确提示该词为他人商标，广告主仍选择采纳，其过错程度较高。故宜在赔偿数额上有所区别。

竞品词的使用，是另一类常见情形。广告主不仅设置他人商标，还设置竞品的品牌名称加价格、加评价等组合词，如某品牌怎么样、某品牌缺点。此类词的使用，是否构成侵权？

本文主张，须区分情形。若广告内容客观比较，未贬低他人，未使人误认，则属于正当的比较广告；若广告内容含有贬低性表述，或者使人误认为商标权人自曝缺点，则构成侵权或者不正当竞争。

实务中，此类案件的处理分歧较大。有的法院认为，使用竞品词即构成攀附，一律认定侵权；有的法院认为，只要广告内容未致误认，即不构成侵权。本文倾向于后者，但强调对广告内容的实质审查。

三、商标性使用的认定

商标法第四十八条规定，本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、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，用于识别商品来源的行为。

据此，商标性使用须具备两个要件：其一，使用的对象是商标；其二，使用的目的是识别商品来源。两个要件缺一不可。

竞价排名中的关键词设置，是否具备两个要件？对此，须区分三种形态。

第一种形态，仅在后台设置关键词，搜索结果中不展示该关键词。此时，商标的使用是内部的、不可见的，用户无从知悉。其功能是触发广告的展示，而非识别商品来源。故不属于商标性使用。

第二种形态，关键词在广告的标题或者描述中展示。此时，商标的使用是外部的、可见的，用户可感知。其功能是描述广告主的商品或者服务，可能使误认其与商标权人存在关联。故属于商标性使用。

第三种形态，关键词在广告的网站中展示。此时，商标的使用虽可见，但其功能是标识网址，而非识别商品来源。是否属于商标性使用，须结合具体情形判断：若网址中的商标易使误认，则属于；若仅为技术性的路径，则不属于。

三种形态的区分，具有实益。若一概认定关键词设置属于商标性使用，则第一种形态亦将进入混淆判断，扩大了侵权的范围；若一概否定，则第二种形态亦将免于审查，缩小了保护的范围。故须区分。

本文主张，第一种形态不属于商标性使用，但并非因此免责。若其广告的标题、描述、网址等内容导致误认，仍可依不正当竞争法处理；若其行为具有明显的搭便车意图，亦可依反不正当竞争法第二条的原则性规定处理。

第二种形态属于商标性使用，应进入混淆判断。判断时，须考虑商标的显著性与知名度、商品的类似程度、相关公众的注意程度、实际混淆的证据等因素。

第三种形态，宜采折中说。若网址中的商标与他人商标相同，且易使相关公众误认其与商标权人存在关联，则属于商标性使用；若网址中的商标仅为描述性的路径，如以商标作为目录名，且页面内容明确表明其非商标权人，则不属于。

实务中还有一种形态：广告主在广告描述中使用商标，但以比较广告的方式，如标明本品与某品牌相比如何。此时，商标的使用是为指示比较对象，属于正当使用，不构成侵权，但须符合比较广告的规则：不得贬低他人、不得使人误认、不得攀附商誉。

须强调，商标性使用的判断，不能脱离具体的市场语境。同一行为，在不同的语境中可能有不同的性质。如在电商平台上，商家在商品标题中使用他人商标以说明其商品适配该品牌的设备，属于指示性正当使用；而在竞价排名中，商家将他人商标设置为关键词以吸引流量，则难以成立正当使用。

指示性正当使用，是关键词使用的重要抗辩。若经营者为说明其商品或者服务的用途，不得不使用他人商标，如标明本店维修某品牌手机、本配件适用于某品牌设备，则属于指示性使用，不构成侵权。

指示性使用的成立，须具备三项条件：其一，不使用该商标则无法描述其商品或者服务；其二，使用的方式合理，未超出必要的范围；其三，未使人误认其与商标权人存在许可或者赞助关系。

在竞价排名中，指示性使用的适用空间有限。因关键词的设置并非为描述商品，而是为吸引流量；若广告主经营的是与商标权人同类的商品，则其使用商标并非必要，而是选择。故其难以成立指示性使用。

描述性正当使用，是另一项抗辩。若他人商标含有描述性含义，如雪花、长城、光明，经营者为描述其商品的特点而使用，则属于正当使用。但此种使用须以自己的商品为对象，不得突出使用，不得使人误认。

商标的知名度，在混淆判断中具有重要影响。知名度越高，混淆的可能越大；反之，知名度越低，混淆的可能越小。故在竞价排名案件中，商标权人应举证证明其商标的知名度，包括广告投入、销售规模、获奖情况、市场调查报告。

实务中，知名度的证明往往不足。商标权人仅提供商标注册证，未提供使用证据，法院难以认定其知名度，进而影响混淆的判断。故宜提示权利人在起诉时提交完整的使用证据。

相关公众的注意程度，亦须考虑。若商品或者服务的价格较高、专业性较强，相关公

众的注意程度较高，混淆的可能较小；反之，若商品为日常消费品，注意程度较低，混淆的可能较大。

竞价排名的特殊性，在于用户的注意程度较低。用户在搜索时，往往快速浏览结果，不细看标注。故其误认的可能较高。这一特点，支持了初始兴趣混淆的适用。

售前混淆与售后混淆，须予区分。售前混淆指购买前的混淆，即初始兴趣混淆；售后混淆指购买后，其他潜在消费者看到商品时的混淆，如看到他人使用某品牌商品，误以为该商品系正品。两者均属混淆的形态，但其适用条件不同。

竞价排名中的混淆，主要是售前混淆。用户在看到广告时误认，点击后可能消除，但其注意已被转移。故本文所论的初始兴趣混淆，实质是售前混淆的一种。

四、混淆的判断与初始兴趣混淆的引入

混淆可能性，是商标侵权的核心要件。传统的混淆，指相关公众对商品或者服务的来源产生误认，包括直接混淆与间接混淆。直接混淆指误认商品系商标权人生产；间接混淆指误认商品的生产者与商标权人存在许可、赞助等关系。

传统的混淆判断，以购买时为基准。即消费者在作出交易决定时，是否误认商品的来源。这一基准，适用于传统的商品销售：消费者在货架前挑选商品，其误认发生在购买之时。

竞价排名的情形则不同。用户的误认，往往发生在搜索阶段：其输入商标，看到含商标的广告，误以为该广告来自商标权人，遂点击进入。进入后，其可能发现并非商标权人的网站，此时误认已消除；但其可能因便利、价格等因素而完成交易。

此种情形，即所谓初始兴趣混淆。其特点是：误认发生在购买之前，购买时误认已消除，但购买行为仍受误认的影响。美国法上，这一理论被广泛适用于竞价排名案件。

我国法上，初始兴趣混淆尚未被明确规定。商标法第五十七条规定的混淆，未限定判断的时点；最高人民法院的相关司法解释，亦未明确。实务中，部分法院已实质性地运用这一理论，但表述各异。

本文主张，宜有限度地引入初始兴趣混淆。理由是：竞价排名的商业价值，恰恰在于截取商标权人的流量。用户本欲访问商标权人的网站，却因广告的误导而进入他人的网站，此中的利益转移，正是侵权行为的经济实质。若固守购买时的混淆，将使这一实质被掩盖。

但引入须设限制，否则将过度扩张商标权的范围。本文主张三项限制。

限制一：关键词须与他人商标相同或者近似。若关键词仅为描述性的词语，或者为商标的组成部分而不具显著性，则不应适用初始兴趣混淆。这一限制，划定了保护的客体范围。

限制二：推广内容须未明确标注广告属性。若广告已依法标注广告二字，且标注显

著，则用户在搜索阶段即知其为广告，不致误认。此时不适用初始兴趣混淆。

限制三：混淆须达到相当程度，而非个别用户的误解。判断的标准，是相关公众的一般注意程度。若广告的标题、描述、网址均明确表明其非商标权人，纵有少数用户误认，亦不构成混淆。

三项限制的适用，须综合判断。例如，广告主将他人商标设置为关键词，广告标题为某某品牌官方旗舰店，未标注广告，点击后跳转至其自营网站。此时三项限制均不满足，构成初始兴趣混淆。

反之，广告主将他人商标设置为关键词，广告标题为其公司名称，描述中说明其经营同类产品，已标注广告，点击后进入其官网。此时限制二、三均满足，不构成混淆。

这一区分，体现了商标法的平衡：既保护商标权人的商誉不被攀附，亦允许经营者在不致误认的前提下，通过关键词推广自己的商品。前者是保护，后者是自由。

实务中的典型案例，可举三则。其一，某教育机构将同行的商标设置为关键词，广告标题为某某教育官方，未标注广告。法院认定构成商标侵权，判令停止使用并赔偿损失。此为典型的初始兴趣混淆。

其二，某装修公司将同行的商标设置为关键词，广告标题为其公司名称，描述中说明其提供同类服务，已标注广告。法院认定不构成侵权，理由是广告内容未致误认。此案体现了标注与内容的重要性。

其三，某电商平台上的商家在商品标题中使用他人商标，以说明其商品适配该品牌的设备。法院认定属于指示性正当使用，不构成侵权。此案划定了正当使用的边界。

三则案例的差别，在于使用的目的与效果。第一则的目的在于攀附，效果是使误认；第二则的目的在于推广，效果是未致误认；第三则的目的在于说明，效果是必要且合理。故判断的关键，仍是使用的实质。

搜索引擎的责任，在实务中往往被淡化。商标权人起诉时，多将广告主列为被告，较少追究搜索引擎。原因是：搜索引擎的赔偿能力强，但其责任难以证明；广告主的责任明确，但其赔偿能力有限。

本文主张，宜适当强化搜索引擎的责任。理由是：搜索引擎是竞价排名的组织者与受益者，其从侵权行为中获利；其掌握技术能力，可有效防止侵权；其地位优势，可促使广告主规范行为。故其应承担相应的审查义务。

审查义务的具体内容，宜包括三项：其一，对含商标的关键词，要求广告主提供授权证明；其二，对广告内容进行形式审查，发现明显侵权的，不予发布；其三，建立投诉处理机制，收到通知后及时处理。

三项义务的履行，可作为免责的条件。搜索引擎证明其已履行的，不承担责任；未履行的，承担相应的责任。这一安排，既避免了无过错责任，亦促使搜索引擎履行审查义务。

五、平台的责任

搜索引擎在竞价排名中的责任，须依其参与的程度确定。本文主张区分两种情形：主动参与和被动提供。

主动参与，指搜索引擎不仅提供技术平台，还参与关键词的推荐、广告内容的编辑、排序的调整。例如，搜索引擎向广告主推荐他人商标作为关键词，或者协助广告主撰写含商标的广告语。此时，搜索引擎与广告主构成共同侵权，承担连带责任。

被动提供，指搜索引擎仅提供技术平台，由广告主自行设置关键词、撰写广告内容。此时，搜索引擎的责任限于通知后的处理义务。商标权人发出通知，搜索引擎未及时采取删除、屏蔽、断开链接等措施的，就扩大的损失承担连带责任。

两种情形的界分，须依证据判断。实务中，搜索引擎往往以技术中立为由主张被动提供，但其后台数据可能显示其参与了推荐。故商标权人可申请法院调取相关数据，查明搜索引擎的参与程度。

广告法第三十四条规定，广告经营者、广告发布者应当查验有关证明文件，核对广告内容。搜索引擎作为广告发布者，须查验广告主的营业执照、商标注册证或者授权文件。未尽查验义务的，依广告法第五十五条承担相应责任。

这一义务的履行，在实务中往往流于形式。搜索引擎仅要求广告主勾选承诺，未实质核查。故宜明确：搜索引擎对含商标的广告，须要求广告主提供商标注册证或者授权书；未能提供的，不得发布。

避风港规则的适用，须予澄清。民法典第一千一百九十五条规定，网络服务提供者接到通知后，应当及时采取必要措施；未及时采取的，对损害的扩大部分承担连带责任。竞价排名中的搜索引擎，可否适用这一规则？

本文认为，可有限适用。即搜索引擎在被动提供的情形下，可适用避风港规则；但其须证明自己未参与广告的编辑与推荐，且已履行形式审查义务。若其参与了编辑，或者未履行审查义务，则不得适用。

实务中的争议，是通知的形式与内容。商标权人的通知，须包含权利证明、侵权链接、具体诉求。搜索引擎收到通知后，须在合理期限内处理。合理期限的长短，宜依广告的数量与复杂度确定，一般为三至七个工作日。

还有一类情形，是搜索引擎自行将他人商标设置为关键词。例如，用户搜索某商标，搜索引擎在搜索结果页的右侧展示相关品牌的广告。此时，搜索引擎是广告的发布者，亦可能是关键词的设置者，其责任应按主动参与处理。

举证难，是竞价排名案件的核心困境。商标权人难以证明自己的损失，因其客户流失难以量化；难以证明侵权人的获利，因关键词费用与获利之间的关系不明；难以证明许可费，因同类商标的许可多不公开。

破解之道，在于证据开示与举证责任转移。商标权人可申请法院责令侵权人提交其关

关键词设置记录、广告费用支出、点击量、转化率等数据；侵权人无正当理由不提交的，可推定商标权人的主张成立。

这一规则，与前述平台用工、涉案财物中的推定同理：掌握数据的一方，承担证明负担。故宜在司法解释中明确，适用于知识产权案件。

证据保全的作用，不可忽略。竞价排名的广告内容随时可能变更，若不及时固定，将难以证明。故商标权人宜在起诉前申请公证保全，固定搜索结果页的内容、时间、关键词。

公证保全的效力，在实务中已获认可。但须注意，公证的内容应完整，包括搜索的关键词、结果的排序、广告的标注、点击后的页面。若仅公证广告的标题，未公证跳转后的页面，则难以证明混淆。

惩罚性赔偿的适用，须予讨论。商标法第六十三条规定，对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。竞价排名中的恶意攀附，是否属于情节严重？

本文主张，宜区分情形。若广告主明知他人商标的知名度，仍大量设置关键词，且广告内容刻意模仿商标权人，则可认定情节严重，适用惩罚性赔偿；若广告主系过失，或者侵权规模较小，则不宜适用。

惩罚性赔偿的基数，须明确。依司法解释，基数不包括合理开支。故在计算时，应先确定补偿性赔偿的数额，再乘以倍数，最后加上合理开支。实务中，部分判决将合理开支计入基数，这一做法不妥。

六、损害赔偿的计算

损害赔偿的计算，是竞价排名案件的难点。商标权人的损失，往往难以证明；侵权人的获利，亦难以查明。故实务中多适用法定赔偿。

本文主张，宜建立以许可费倍数为基准的计算方法。即参照同类商标的许可使用费，乘以一定的倍数，作为赔偿数额。这一方法，在专利侵权中已有适用，商标侵权亦可参照。

许可费倍数的确定，须考虑四项因素：商标的知名度；侵权行为的持续时间；侵权的地域范围；侵权人的主观过错。四项因素综合，可确定一至五倍的倍数。

除许可费倍数外，亦可参照广告投入计算。侵权人通过竞价排名获得的流量，与其广告投入正相关。故可以其支付的关键词费用为基础，乘以一定的转化率与利润率，计算其获利。这一方法，在实务中已有应用。

法定赔偿的适用，须有节制。商标法第六十三条规定，权利人的损失、侵权人的获利、商标许可使用费均难以确定的，由法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。故法定赔偿是兜底，而非首选。

实务中，法定赔偿的数额往往偏低，难以起到遏制作用。故宜提高赔偿的门槛：对恶意攀附他人商誉、持续实施侵权行为的，应从高确定赔偿；对情节轻微的，可从低确定。

合理开支的赔偿，不可忽略。商标权人为制止侵权支出的律师费、公证费、调查费，属于合理开支，应由侵权人赔偿。实务中，部分法院对合理开支的支持不足，影响了权利人维权的积极性。

日本法上，关键词广告的规制主要依不正当竞争法。其判断的重点，是使用行为是否引起商品或者营业的混同，或者是否属于对著名标识的不正当使用。对于初始兴趣混淆，日本法较为谨慎，要求有实际的混同可能。

德国法上，关键词广告的规制依商标法。德国联邦最高法院在相关案件中确立：将他人商标设置为关键词，若广告中未展示该商标，且广告来源明确，则不构成商标使用；若广告中展示该商标，则构成使用，须判断混淆可能。

英国法上，判断的重点是商标功能的损害。若关键词的使用影响了商标的识别功能、广告功能或者投资功能，则构成侵权。这一标准较为宽泛，涵盖了初始兴趣混淆的情形。

三种法域的差异，反映了对商标功能的不同理解。日本法侧重混同，德国法侧重使用，英国法侧重功能。我国法的立场，更接近于德国法，即以使用为前提，以混淆为要件。

但我国法的特殊性，在于同时适用商标法与反不正当竞争法。对于不构成商标性使用的关键词设置，仍可依反不正当竞争法处理。这一双轨制，使保护的范围更为周全。

故在规则设计上，宜明确两法的分工：商标法处理商标性使用且致混淆的情形；反不正当竞争法处理未构成商标性使用，但违反诚实信用与商业道德的情形。两者相互补充，避免遗漏。

七、比较法的观察

美国法上，竞价排名案件的判断标准经历了演变。早期法院多用初始兴趣混淆理论，认定设置他人商标为关键词构成侵权；后期法院趋于谨慎，要求原告证明存在实际的混淆可能，而非仅有关关注的转移。

欧盟法上，欧盟法院在相关案件中确立了两项标准：其一，关键词的使用须构成商标性使用，即在商业活动中为识别商品来源而使用；其二，须存在混淆可能或者对商标功能的损害，包括对来源识别功能、广告功能、投资功能的损害。

两种法域的差异，在于对商标功能的界定。美国法侧重于消费者保护，故关注混淆的可能；欧盟法侧重于商标权人的利益，故关注商标功能的损害。我国法的立场，介于两者之间。

我国商标法第一条规定，立法目的是加强商标管理，保护商标专用权，促使生产、经营者保证商品和服务质量，维护商标信誉，以保障消费者和生产、经营者的利益。故我国

法兼采消费者保护与权利人保护，与欧盟法更为接近。

据此，我国法上的混淆判断，不应仅限于来源混淆，还应包括关联关系混淆；不仅应关注购买时的混淆，还应关注搜索阶段的混淆。这一立场，为初始兴趣混淆的引入提供了依据。

行业差异，亦须在判断中体现。医疗、金融、法律服务等专业性强的行业，用户的注意程度较高，混淆的可能较小；餐饮、服装、日用消费品等行业，用户的注意程度较低，混淆的可能较大。故同一行为在不同行业中的评价，可能不同。

须注意，注意程度的高低，不能成为攀附的借口。若广告主刻意模仿商标权人的广告语、页面设计、商品包装，纵相关公众的注意程度较高，亦可能因整体的仿冒而误认。故判断须综合全部因素，不能仅看单一要素。

平台规模的差异，亦影响责任的配置。大型搜索引擎具备技术能力与人力资源，应承担较高的审查义务；中小型平台的能力有限，宜承担较低的义务。这一差异化的安排，体现了责任与能力相适应的原则。

但差异化不意味着免责。中小型平台纵能力有限，亦应建立基本的投诉处理机制；收到通知后，应及时处理。若其怠于处理，仍应承担相应的责任。

八、规则的提炼

基于上述分析，本文提炼如下规则，供司法实践参考。

规则一：仅在后台设置关键词而未在搜索结果中展示的，不属于商标性使用；但广告的标题、描述、网址导致误认的，可依反不正当竞争法处理。

规则二：关键词在广告的标题或者描述中展示的，属于商标性使用，应进入混淆判断。

规则三：混淆的判断可引入初始兴趣混淆，即用户在搜索阶段对商品来源产生误认，纵其在点击后已消除误认，亦可构成混淆。

规则四：初始兴趣混淆的适用，须满足三项条件：关键词与他人商标相同或者近似；推广内容未明确标注广告属性；混淆达到相当程度。

规则五：搜索引擎主动参与关键词推荐、广告编辑的，与广告主承担连带责任；仅被动提供的，在收到通知后未及时处理的，就扩大的损失承担连带责任。

规则六：损害赔偿以许可费倍数或者广告投入为基准计算，法定赔偿为例外；合理开支应予支持。

六项规则的核心，是把判断的重心从形式转向实质：不问关键词设置在何处，而问其是否导致误认；不问广告是否标注，而问标注是否足以消除误认；不问平台是否提供技术，而问其是否参与经营。

这一转向，与商标法的保护目的相一致。商标的功能在于识别来源，若有行为使用户

对来源产生误认，则无论其形式如何，均构成对商标功能的损害。

最后须说明本文的立场。本文主张有限度地引入初始兴趣混淆，并非为扩张商标权，而是为使判断回归商业实质。竞价排名的价值，在于以付费的方式获取注意；若此种获取以他人的商誉为代价，则其正当性即存疑问。

但本文亦强调限制。若无限制，任何关键词的使用都可能被指为混淆，商标权将演变成为一种垄断，阻碍正常的市场竞争。故三项条件的设置，是为自由留出空间。

在技术迅速变化的领域，法律的回应总是滞后的。但这不意味着法律无所作为。通过概念的更新、标准的细化、规则的提炼，法律仍可为市场提供可预期的秩序。这正是司法者的工作。

九、结语

竞价排名是技术发展的产物，其法律评价不能停留在旧有的概念框架中。当技术使注意力的转移变得轻而易举时，法律须回应这一变化，而非固守形式的边界。

本文所论的初始兴趣混淆，正是对这一变化的回应。它承认误认可能发生在购买之前，承认注意力的转移本身具有商业价值，承认商标权人的商誉不应被无偿攀附。同时，它亦设定了严格的限制，避免商标权的过度扩张。

在保护与自由之间，法律的任务是寻找那条细微的界线。这条界线不会一劳永逸，它须随技术的变化而调整，随市场的演进而修正。但界线的存在本身，即是法治的意义。

愿每一次搜索，都能得到真实的答案；愿每一份商誉，都不被悄然攀附。此即本文的初衷。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国商标法》第四十八条、第五十七条、第六十三条。
- [2] 《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第六条、第八条、第十七条。
- [3] 《中华人民共和国广告法》第三十四条、第五十五条。
- [4] 《中华人民共和国民法典》第一千一百九十四条、第一千一百九十五条。
- [5] 《互联网广告管理办法》第九条、第十四条、第十五条。
- [6] 《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条、第十条、第十六条。
- [7] 冯术杰：《竞价排名中商标使用的界定》，《法学》2022年第3期。
- [8] 崔国斌：《初始兴趣混淆的中国法构造》，《中外法学》2021年第5期。
- [9] 张今：《搜索引擎关键词广告的侵权认定》，《知识产权》2023年第2期。