關鍵字與商標－從搜尋引擎到消費者

陳宏杰*

壹、前言

搜尋引擎係指自動從網際網路蒐集資訊，經過一定整理之後，提供給網路使用者進行查詢的系統，較著名的網路搜尋服務業者[1]有Google、Yahoo!、Live Search等，一般多以免費的方式運作，雖提供服務但不向使用者收費，在它剛出現在網際網路世界裡的前幾年，表面上也看不出來有接受商業資助的明顯跡象。然而，當今絕大多數網路搜尋服務係由私人企業提供，如前述之3家業者，私人企業畢竟有財務上的需求，且搜尋引擎網頁的高使用率對廣告主[2]而言亦甚具吸引力。基於以上兩個原因，廣告便很快地被帶進搜尋引擎網頁之中。而隨著網際網路的發展，網路上廣告的運作模式與呈現態樣也跟著進化。最近幾年，網路搜尋服務業者提供並銷售越來越多的廣告，這些廣告需要由廣告主付費，並可指定特定的搜尋用語，以使其廣告跟隨著該搜尋用語一起出現在搜尋結果列表網頁中，藉以瞄準瀏覽對象。這種廣告模式引起「把商標拿來做為關鍵字廣告及搜尋結果列表販賣的網路搜尋服務業者是否違反商標法」的法律問題。這些法律問題由事實決定，包含關於搜尋服務及其廣告程式如何運作的事實，以及消費者對廣告的認知為何。

把商標當作關鍵字販賣的合法性尚無定論。在世界各國雖然有少數的案件已經提起訴訟，整體結果卻沒有一致結論。以下將介紹網路搜尋服務業者販賣關鍵字的實際情形，並解釋這些實務上的情況在較早的案件中如何被看待。

收稿日：97年1月16日

*作者現為經濟部智慧財產局商標權組商標助理審查官。

[1] 指以搜尋引擎提供網路資訊查詢服務之廠商。

[2] 指於各類媒體刊登廣告、宣傳本身商品或服務之人。

在討論販賣關鍵字問題時，需要將問題拆解成以下兩部分來討論：網路搜尋引擎如何運作，以及網路使用者對關鍵字及搭掛於關鍵字使用的廣告的認知為何。對於研究此領域之商標法律人士相當不幸的是，由於科技日新月異，搜尋引擎技術也持續地改變，但有關消費者對關鍵字認知情形的判決及法律研究，卻可能包含了許多超越證據的臆測，而這些臆測需要更多的事實去驗證。總之，關於搜尋引擎運作及消費者對關鍵字廣告認知的事實，是本問題的核心。

貳、搜尋引擎技術介紹

搜尋引擎是大眾用來做為網際網路導航的主要工具之一，其他尋找相關網站的方式包括直接鍵入網址[3]、使用一般或特殊網路網址目錄[4]、使用超連結[5]等，但以搜尋引擎最為簡便。

搜尋引擎藉由許多種將網頁內容編入索引的方法運作，有些搜尋引擎在編製網站索引時，以網頁所有者登錄的網站資料為基礎。大部分的較大型搜尋引擎使用自動化方法[6]來讀取網站內容，並依該內容編入索引。這個編製索引的過程能夠以使用者看到或在該網站分頁裡看得到的內容為基礎，或者以網頁雜項資料標籤（metatag）[7]或其他指標為基礎。

---

[3] 需先有欲連結網站之正確網址，於瀏覽器網址列鍵入後執行。

[4] 搜尋引擎的前身，係條列式的分類網址資料庫，其形式及功能類似於現今網站常見的「相關網站」頁面。

[5] 指由一網頁連接至另一網頁、超越原網頁的連結。

[6] 數據自動發現、摘要、內容分析、智能處理技術，一般稱為網路蜘蛛、網路機器人，Google則稱之為漫遊器Googlebot。

[7] 由網站編寫人員將對該網站的描述性用語寫入網站電腦程式碼中的一種標籤，但無法以一般瀏覽方式在網站上直接看到。

Google 是近年來搜尋引擎業界的領導者，該公司將大部分的網站編上索引，並依來自其他來源連結到同一網站的數量與品質加以排名。該搜尋引擎軟體工具核心稱之為網頁排名 PageRank，是由 Google 創辦人 Larry Page 與 Sergey Brin 在史丹佛大學研發出來的。依據該公司網頁上的說明，Google 為網頁進行排名的方式像是在投票，當 A 網頁可連結至 B 網頁時，則視為 A 投給 B 一票，然後由 Google 依統計票數排名，得票越多、排名越領先。每個來源網站排名不同，所投出的票「權重」也不同，假如 A 網頁與 C 網頁都可連結至 B 網頁，但 A 排名原本就領先 C，假設 A 的權重為 1，C 的權重為 0.8（排名越領先，權重越重），則加權後 A 投給 B 的算 1 票，C 投給 B 的只有 0.8 票。因此，透過「重要的」網頁來投票，能幫助獲得該票的網頁也成為「重要的」網頁資料，總而言之是相當有趣的排序觀念。

這些索引技術雖然先進，但仍可能隨時改變，尤其是在搜尋引擎想要避免被網站所有者操縱時，索引技術就必須跟著修正。舉例來說，有些網站所有者會在其網站上反覆張貼關鍵字，而這些關鍵字通常是用很小的字體來寫，甚至是看不見的文字，例如將有顏色的文字擺在相同的底色上，以達到隱匿的目的。坊間甚至出現許多專門幫顧客的網站進行「搜尋引擎最佳化（SEO，Search Engine Optimization）」的公司，其中部分不肖業者利用頁面隱匿透明文字、大量使用關鍵字、在網頁雜項資料標籤中大量重複關鍵字、設置多餘連結頁面、高票數網址移轉、虛設網站大量連結…等不勝枚舉之方式，欺騙搜尋引擎提升客戶網站排名，藉以增加網站曝光度與點閱率。然而搜尋引擎程式設計者與維護工程師們也不是省油的燈，許多搜尋引擎會依據網路機器人的回報或使用者及其他網站所有人的抱怨，改變其編製索引之演算法，以使該重複的詞被忽略或給予較小權重，甚至將過度惡意、累犯的網站網域列入黑名單，永遠

無法在該搜尋引擎搜尋到該網域內容。搜尋引擎的眾多搜尋、索引及排名技術通常是商業機密，普羅大眾也僅知道一些原則，難以一窺全貌。

參、對基本列表的認知

在網際網路剛被創造出來的最初幾年，網路搜尋服務顯示頁面僅由搜尋引擎所產生的搜尋結果列表所構成，該列表方式被稱為基本列表（organic listing）。圖 1 為筆者於搜尋引擎「Yahoo!奇摩」搜尋「商標」二字之結果[8]，該圖下半段虛線標示部分即為基本列表。

▲ 圖 1

[8] 2008 年 1 月 8 日搜尋之結果。

一般人在討論到有關搜尋引擎如何產生基本搜尋列表的問題時，常做出許多缺乏證據的假設，例如假設搜尋引擎完全依據網頁文字內容是否包含搜尋文字來決定基本列表。許多人覺得自己已經瞭解搜尋技術，因為曾被以文字內容為基礎的早期搜尋服務訓練過，會認為搜尋引擎運作模式就是如此。但事實上，即使早期的搜尋引擎都不只包含依據文字編製的索引，而且如前節所述的，相較於以網站內容作為單一來源的演算法，Google 革命性地將對某網站的連結作為該網站滿意度及受歡迎程度的證據，這樣所產生的基本列表與單純重複文字內容間的相關性便會降低，而實際上不僅證明該運作模式效果優異，也讓 Google 成為最普遍和最成功的搜索引擎。

截至目前為止，與搜尋引擎技術相關的法律文獻並不多。也許是因為專長不屬於此領域的一般人（包含法官與律師們）對技術感到害怕，並未認清瞭解搜尋引擎事實上如何運作的重要性。不論理由為何，在網路關鍵字侵害商標權的案件中，缺乏搜尋引擎如何運作的討論、研究與紀錄，對於日後法律發展的完整性及可靠性是有害的。

以下兩個章節將以網頁雜項資料標籤案件為例，說明了解搜尋引擎實際運作的重要性。由說明性文字及關鍵字所構成的網頁雜項資料標籤，是一種嵌在網站超文字標記語言（Hypertext Markup Language，HTML）碼中的選擇性程式碼（可有可無），其功能是被設計來編製索引及描述網站之用，但由於許多不肖人士的濫用，在許多案件中已被發現有侵權的可能。假設提供相同商品的 A 公司將 B 公司的商標偷偷嵌入自己公司網頁之雜項資料標籤中，則使用者於搜尋引擎輸入 B 公司商標進行搜尋時，在基本搜尋結果列表中「可能」會出現 A 公司網站，此即一般被認定可能侵害商標權之情形。

肆、以德國網頁雜項資料標籤（metatag）案件為例

德國聯邦最高法院在 2006 年 5 月 18 日公布了「IMPULS」案上訴判決[9]，判決中認為以原告的營業名稱「Impuls」作為網頁雜項資料標籤使用，侵害了原告的權利。在該案之前，德國的法院判決並未統一採用這樣的見解及法律適用方式，因為將他人營業名稱作為網頁雜項資料標籤使用，網路使用者並沒有辦法直接看見，所以這樣的使用在往常不被視為是在商業上之使用。以本案被告為例，於其網頁HTML碼中寫入以下指令行：

<meta name="keywords" content="Impuls">

此行文字在直接以瀏覽器瀏覽該網站時，並不會出現在網頁上，僅在檢視原始碼時才會出現，所以一般使用者無法直接看見，但搜尋引擎蒐集網頁資料時卻會將其抓入資料庫，且「可能」作為基本列表排序依據。

然而在前述案件判決中，德國聯邦最高法院採取與以往不同的見解：

一、被告作為網頁雜項資料標籤使用的單字「Impuls」與原告的營業名稱完全相同，而該營業名稱係由德國商標法第 5(1)條[10]及 5(2)條[11]保護。

二、原告的商業領域與被告的相同，皆為保險費率之比較服務，亦即二者皆為比價網站經營者。

三、被告將系爭單字「Impuls」用來與其服務相關聯，並因此將其服務與其他公司所提供之服務相區別。此點理由於後段詳細說明。

---

[9] Case No. I ZR 183/03 – IMPULS。

[10] 公司符號及作品名稱應以商業表徵保護之。

[11] 所謂「公司符號」係指交易過程中商業組織或企業使用之名稱、公司名稱或特別表徵。商業符號及其他標示其目的係用來區別不同企業且於相關業界被視為某一商業組織之顯著符號，其應等同於商業組織之特別表徵。

該判決指出，對於網路使用者而言，在被告的網站中看不到關於網頁雜項資料標籤的搜尋文字並不重要，搜尋用語影響搜尋結果並引導網路使用者至使用該網頁雜項資料標籤的網站才是決定性因素。當認識原告營業名稱的網路使用者，將該名稱做為搜尋用語鍵入，得到的搜尋結果是被告網站的連結，且該網站提供與原告相同的服務時，就可能發生混淆誤認情事。網路使用者在快速瀏覽搜尋結果的時候，可能把被告的服務誤認為原告的。即使當網路使用者鍵入的搜尋用語是一個通用名稱（德文「Impuls」即英文之impulse），會出現許多符合之搜尋結果，而且在深入地研究被告的網站之後，可能會發現這不是原告的網頁，但德國聯邦最高法院認為這種可能情況在判斷本案中並不重要。因此，法院認為本案使用網頁雜項資料標籤的目的，是要將網路使用者與被告的服務關聯起來。

一個使用者鍵入選定的關鍵字作為搜尋用語，面對的是搜尋引擎提供的基本列表，在此種情況下，搜尋引擎成了網路使用者的第三隻眼，為使用者蒐集資料並依使用者要求篩選資料、提供參考。然而，當網站創作者將與該網站不相關的文字放入網頁雜項資料標籤時，搜尋引擎使用者面對的結果「可能是」遭人刻意安排的搜尋結果，使用者將在基本搜尋結果列表裡注意到該網站，就此點來說，德國聯邦最高法院認為將商標使用在網頁雜項資料標籤構成商標法上的「商標使用」是正確的，即使被連結的網站沒有顯露出該商標。

伍、案件假設前提的檢討

由上述案件可知，國外法院判決已經將網頁雜項資料標籤的商標顯著性納入考量。在大部分的這類案件中，法院常假設當網路使用者接觸網路搜尋時，這些使用者藉由搜尋引擎（網路使用者的第

三隻眼）看到了引起問題的網頁雜項資料標籤的部分或所有單字（雖然事實上是無法直接看到的）。法院在審理這些案件時並未詳細說明這些假設的理由，事實上這些假設有幾個前提：

一、搜尋引擎的網路蜘蛛或機器人看到這些網頁雜項資料標籤，並用這些標籤來為網站編製索引。

二、搜尋引擎演算法將網頁雜項資料標籤裡的文字放進他們的資料庫中，並用來辨識相關網站以回應搜尋要求。如果使用者搜尋一個單字，搜尋引擎會將所有網頁雜項資料標籤中有包含此搜尋單字的網站列入結果列表，且將該單字寫在網頁雜項資料標籤中的網站能獲得較高排名，甚至會以網頁雜項資料標籤作為部分依據，來顯示最高排名網站。

三、搜尋服務者會在基本搜尋結果列表中，引述網頁雜項資料標籤作為該網站的說明短文。

然而這些前提恐怕不是在每個此類案件裡都正確。舉例來說，即使在還沒有 Google 的年代，搜尋引擎經營者也會修改其演算法以忽略、漠視或貶低網頁雜項資料標籤的影響，從而避免被網站創作者操縱並改變搜尋結果，這樣的修改使搜尋引擎技術持續進化，且與此類侵權案件的商標分析高度相關。一個藏在 HTML 碼裡頭的網頁雜項資料標籤，一般使用瀏覽器檢視網站時看不見，這樣的情況其實很難造成因為可能混淆誤認而導致的商標侵權，除非該網頁雜項資料標籤被搜尋引擎選出來、編上索引且在基本列表中顯示出來。也就是說，使用者雖然看不見該標籤，但是搜尋引擎幫使用者「看見」該標籤，而把該網站挑出來給使用者，如此才有造成消費者混淆誤認的可能。如果搜尋引擎沒有做這些事，使用網頁雜項資料標籤造成商標侵權的案件就會立刻消失。因此在缺乏搜尋結果的真實記錄時，沒有人知道這樣的假設是否符合當時的實際情況。

日後在商標案件中的訴訟當事人也應該探究當時搜尋引擎的實際功能為何，包含搜尋服務業者在面對網站開發者影響排名的新技巧及消費者瀏覽網路時可能發展出來的新行為模式時，如何做出反應與改變。在法院考量將商標法套用在有關搜尋引擎及搜尋服務等網路實務的案件時，這種更完整的事實研究才是真正有幫助的。

陸、關鍵字廣告

什麼是關鍵字廣告？筆者嘗試在Google及Yahoo!奇摩兩個搜尋引擎中，鍵入「商標」二字進行搜尋[12]，得到結果如圖 2、圖 3：

▲ 圖 2

[12] 2008 年 1 月 8 日搜尋之結果。

▲ 圖 3

在基本列表的右側以有色分隔線隔開的部分，以及上方以底色區隔的部分，就是所謂的關鍵字廣告。

這是如何運作的？搜尋引擎 Google 或 Yahoo!奇摩的經營者販賣置放在搜尋結果頁面上、隨內容變化的廣告空間，以取代隨意張貼與替換的廣告，廣告主可藉由搜尋服務業者的建議或自選關鍵字（Google 稱之為 Adwords），將其廣告與特定搜尋用語連結。廣告通常橫置在結果頁中，因此被稱為橫幅廣告，但不見得總是出現在搜尋結果頁上方，例如 Google 就將其關鍵字廣告擺在頁面的右手邊，並以數種方式限制其廣告內容。

在搜尋服務業者開始販賣顯示在搜尋結果頁面上的廣告以後，各式各樣的廣告都變得司空見慣。以說明性詞語進行搜尋的網

路使用者可能發現結果頁顯示著關於那些說明性用語的橫幅或其他顯示方式的廣告，就如同前述搜尋「商標」二字的例子一樣。雖然這些廣告是用來替搜尋服務者創造收益的工具，但也可以說是藉由提供具有潛在興趣的廣告來服務網路使用者，好比將筆記型電腦廣告放在 3C 雜誌裡，或者將與輪胎相關的廣告放在汽車雜誌裡一樣。

除了販賣結果頁面顯示廣告（橫幅廣告）外，有些搜尋引擎也販賣「特別列表（featured listing）」。1998 年 2 月，GoTo公司[13]開始使用「搜尋結果頁面廣告競標[14]」及「依廣告點閱次數收費[15]」的模式，來銷售搜尋結果頁面的特別列表。從西元 2000 年開始，許多搜尋服務業者陸續使用同一個搜尋引擎並由GoTo公司集中提供廣告服務，從此就在這些搜尋服務業者的一般搜尋結果（基本列表）以外，增列了廣告主網站的特別列表。這些列表通常出現在一般基本搜尋結果列表的上方，而且通常附有「贊助商連結」或「贊助網站」等標題。

GoTo 公司最早開始提供特別列表服務，且在網站上對潛在廣告主促銷此服務，並將此種列表描述為一種廣告。很明顯地，特別列表是被設計用來吸引網路使用者的注意，這些網路使用者先在搜尋引擎中鍵入對廣告主的商品或服務而言帶有潛在興趣的搜尋用語，而後導致該特別列表被啟動，廣告主網站得以顯示在網路使用者面前。

[13] 2001 年更名為Overture公司，2003 年被Yahoo!併購。
[14] 欲刊登廣告者參加競標，標金越高者於特別列表中排名越前面。
[15] 依網路使用者點閱該廣告之次數向廣告主收取費用，被點閱得多、收費就高。

在某些案件中，一般的基本搜尋結果甚至可能無法一開始就出現在使用者的電腦螢幕上（如圖 4[16]），而是大部分頁面都被特別列表佔據，需要向下捲動一些才會看到基本列表。當特別列表在某些搜尋服務的初始顯示結果中越來越佔有主要地位，特別列表將一般搜尋列表的流量轉移的潛力就漸漸增加。有些搜尋服務業者以「付錢得到優先」為基礎在營運，販賣其搜尋列表頁面最高位置給出價最高者，且只把基本列表顯示在付費的特別列表之後。

▲ 圖 4

[16] 2008 年 1 月 15 日，筆者於「yam天空」搜尋引擎搜尋「商標」二字之結果。

Google 等其他搜尋服務業者也提供特別網站列表。Google 的特別列表出現在基本列表之上，藉由有色背景及說明文字「贊助商連結」等加以標明（如圖 6）。Google 同時也把「贊助商連結」的用語使用在其橫幅廣告上，該等廣告係以有色線條隔開的文字廣告，並沿著結果頁面的右側顯示。從 2004 年中開始，Yahoo!與 MSN 也都開始採用與 Google 類似的圖形顯示方式，將特別列表以有色背景標明，Yahoo!更進一步在其特別列表上使用點狀項目符號，以區別使用數字編號的基本列表（如圖 3）。這些費盡心思的表現方式（標題說明、底色加強、不同分項方式等），顯示了搜尋服務業者也試圖將「廣告」與「基本列表」區隔開來，以避免使用者可能產生的混淆及不必要的侵權官司。

柒、搜尋服務業者的商標策略

雖然各家搜尋服務業者都販賣特別列表，但各家服務卻有著不同的規則與基準。Google 一開始僅向商標權人販賣以其商標為基礎的特別列表。在 2004 年 4 月，Google 宣布放寬其對於販賣特別列表的限制，並表示原則上「不允許商標關鍵字的購買者將該用語置於特別列表或橫幅廣告的標題或文字中」，除非該商標為購買人自己的商標，或者確屬合理使用之行為（如經銷商、維修商、資訊提供網站等）。Yahoo! 販賣搭掛於商標的廣告已經數年，但該公司於 2006 年初宣布將限制該等銷售僅得於特殊情況下進行，因為據瞭解有些搜尋服務業者會在賣出關鍵字廣告前事先檢核，以確認該搜尋用語可能與廣告主的網站有關聯。大部分的搜尋服務業者也會要求其廣告主保證其所購買的關鍵字不會侵犯任何人的商標權，然而這種保證並無法真正規避業者於販賣廣告時應負的檢查與監督責任。

在利用橫幅及特別列表廣告技術時，搜尋服務業者一般都會儘量避免各種不同態樣的商標錯誤使用。有些搜尋服務業者會將商標當作關鍵字來賣，但阻止「在回應對競爭者商標的搜尋時，提供的卻是購買關鍵字者的廣告」這種情況的使用。然而，筆者嘗試在Google鍵入「豐田汽車」作為搜尋用語，搜尋結果[17]頁面右側卻出現三菱汽車公司的橫幅廣告；同樣地，在Google鍵入「三菱汽車」作為搜尋用語，搜尋結果頁面右側卻出現現代汽車公司的橫幅廣告。顯然Google並未阻止廣告主購買競爭者商標作為啟動自身廣告的搜尋關鍵字。

▲ 圖 5

[17] 2008 年 1 月 9 日搜尋之結果。

▲ 圖 6

捌、消費者的認知

對於以商標法來檢視網路關鍵字的人來說，瞭解網路使用者如何使用搜尋引擎，以及他們對搜尋引擎結果的認知為何，可能比瞭解搜尋引擎如何運作來得更重要。

一般而言，使用網際網路較久、已經習慣搜尋引擎所提供搜尋結果頁面的典型使用者，對於該等頁面可能會有下列認知：

一、使用搜尋引擎執行搜尋時，使用者應可期待搜尋引擎結果頁面會包含許多與搜尋用語相關的網站及網路位址，至少在結果頁面的前幾頁應該是如此。

二、使用者應該瞭解搜尋引擎不是完美的工具，即使是結果頁面的前幾頁，也會包含一些與搜尋用語並不太相關的項目。

三、使用者應該會期待排名最高、最前面的項目，就是與搜尋用語最相關、使用者可能最想找的網站，即使不是最相關的，至少也是提到搜尋用語最多次或符合其他相關性客觀指標的網站。

四、使用者應該會期待搜尋引擎是個中立的工具，至少在基本搜尋結果列表部分，沒有偏向或有利於任何特定企業。

五、使用者應該會期待，至少能接受或可預期，搜尋引擎會張貼廣告在結果頁面上，且由於該廣告是因使用者的搜尋用語所產生，使用者應可預期該廣告會與其關注事物相契合，畢竟該搜尋用語是搜尋引擎對於使用者所掌握的唯一資訊，搜尋引擎全靠該搜尋用語來揣測使用者的喜好。

這些可能的認知是否正確，對於以商標法探究此類案件而言相當重要。如果網路使用者瞭解、期待或預期在搜尋引擎回應使用者提出的搜尋要求時，可能獲得不相關的結果，典型使用者可能會故意忽略一個或兩個不相關的結果，因為它的標題與說明短文在搜尋結果裡顯得格格不入，則這些被指控會導致商標錯誤使用的搜尋結果之中，就可能有一些不會造成一定比例消費者的混淆誤認；然而，如果網路使用者通常很注重基本搜尋結果列表中排名較高者，認為排名越高者越符合使用者之搜尋需求，則這些列表中任一個可能導致商標錯誤使用的項目，應該都會造成顯著比例的消費者偏離正確方向。綜上所述，我們對這些問題的假設與證據，將可使此類商標侵權案件的結果完全改觀。

從 90 年代開始，大眾漸漸廣泛使用網路，而世界各國的法院也已經做出一些關於各種網路相關商標議題的判決，包括商標作為

網域名稱、網站文字、網頁雜項資料標籤及關鍵字即現廣告使用的情形，其中許多判決包含了關於消費者如何使用網路且未經證實的假設。

法院應該小心地做出這些關於消費者使用網路習慣與認知的假設，而針對訴訟當事人僅依假設所提出的論點，也應表現出謹慎求真的態度，即使在對於大多數消費者認知的假設是正確的時候，仍然要考量不同消費者的認知。對於美國司法實務而言，被認為是商標混淆誤認的情形，或許是基於全體消費者中的少數但為一定比例的消費者可能發生的情形，一般而言是百分之 20 到 30 的相關消費者。也就是說，不只有主要消費者的認知應被重視，超過一定比例或明顯數量的消費者的認知也應被納入研究範圍。

玖、對於關鍵字廣告的法律評價

關於關鍵字廣告的法律訴訟可以分為兩類，一類是商標權人宣稱因其競爭者購買了關鍵字廣告（成為廣告主），而造成直接侵權的訴訟，另一類是商標權人基於幫助侵權或其他連帶責任理論，針對執行關鍵字廣告的搜尋服務業者所提起的訴訟。由於搜尋服務業者從關鍵字廣告營運中直接獲利，當然希望捍衛該商業模式的合法性與正當性，因此搜尋服務業者在許多已知的案件中積極參與並努力抗辯原告的主張。然而，許多僅有廣告主涉入成為被告的案件，常常只有和解而沒有判決，因為關鍵字廣告通常只是一個廣告主的整體銷售計畫中的一小部分，廣告主還是能以其他較不具爭議之方式進行銷售。

關鍵字廣告是會隨關鍵字變化的廣告，藉由關鍵字啟動搜尋引擎的橫幅廣告選擇，來瞄準具有潛在興趣的消費者，就如此簡單的運作概念來看，是否足以確定其為商標法中所說的商標使用？

就法律面的檢驗來說，重點應為消費者實際上如何理解由關鍵字所引出的結果頁面。廣告主是否藉由將其廣告商品或服務連結到商標權人的商標，以利用該商標的核心功能？廣告主的行為是否損害了該商標向消費者保證商品來源的核心功能？商標權人欲捍衛其商標權，必須是他人在使用該商標時，可能會影響商標的功能，尤其是影響商標向消費者保證商品來源的核心功能時。

假如證據與紀錄顯示，該關鍵字廣告已清楚標明其為廣告，且廣告文字不包含搜尋引擎使用者鍵入作為搜尋用語的原告商標，再加上消費者將該廣告理解為僅係廣告主用來突顯自己及其產品的文字的經驗推論（與調查），即使該廣告所宣傳的是原告商標商品的競爭商品，也不至於影響原告商標的功能。因為在這樣的案件中，搜尋引擎不再是消費者的第三隻眼。相反地，消費者面對的是兩個不同的平台：一個是關於商標搜尋用語的資訊平台，另一個是關於其他事物的廣告平台。

而廣告平台為了將廣告效果最佳化，站在廣告主的角度來看，當然希望與搜尋引擎使用者的興趣相結合，也就是與使用者提供的唯一資訊－搜尋關鍵字相結合，這些看來都十分合理，只是該關鍵字是競爭者的商標而已。而呈現在結果頁面上的，分別是基本列表裡的競爭者商標商品，以及廣告欄位裡的廣告主商品，由於該廣告中並未出現競爭者商標，二者間單純商品類別上的類似或相同，並不該當於法律上的商標使用，因為廣告主對此商標關鍵字的使用，並不足以使相關消費者誤認該商標為廣告主之商標。

德國聯邦最高法院退休法官Prof. Dr. Eike Ullmann來台演講時[18]曾提及，其贊同美國巡迴法官Berzon在Playboy Enterprises v. Netscape Communications案[19]中的意見：廣告主雖然試圖以另一個選擇引開潛在消費者的注意，但假如該選擇是清楚的，且僅是為了提供搜尋引擎使用者一個選擇的機會，就不構成商標侵權，不管它是發生在街上、在印刷媒體上或在網路上。意即假如消費者可以清楚分辨，即使A商店總是刻意開在B商店附近，A商品廣告總是刻意刊載在B商品報導周圍，也不代表A就侵害了B的商標權。

拾、結語

由於網際網路上散布著大量未分類的資訊，目前真正能接觸所需資訊的有效途徑，大部分還是要靠搜尋引擎，因此搜尋引擎成為最容易獲得資訊的來源。搜尋引擎以網際網路上免費可取得的各個網頁資訊為基礎，使用技術方法加以分析，藉由適當的搜尋用語所得到的搜尋結果列表提供該等服務，這些搜尋用語也包含商標。商標權人不用支付任何報酬給搜尋服務經營者，就可由基本搜尋結果列表中獲得被搜尋引擎使用者點閱的利益。

一直到現在，搜尋引擎仍然以免費的方式服務大眾，然而這樣的服務需要資金，販賣廣告就能獲得必要的收入。對廣告主而言，橫幅廣告必須有效率地被放置才會成功，而最好的位置就是在直接競爭者的旁邊。消費者瞭解「競爭商品及服務（及其宣傳資訊）應被系統性蒐集，以利消費者選擇」這個事實，不會對已清楚標明的廣告產生對來源或關聯性的混淆誤認，並且瞭解橫幅廣告或贊助商

[18] 2007 年 10 月 2 日「2007 年商標侵權國際研討會」，經濟部智慧財產局主辦。
[19] No. 00-56648，D.C. No. CV-99-00320-AHS。

連結是來自特定廣告主，即便它被放在另一個廣告或網站連結旁邊。

網路發展日新月異，各種先進的技術也不斷地推陳出新，因此，有力事實的搜集、研究與發展對於涉及新技術的訴訟尤其重要。對於新技術，我們應該採取更開放的態度來面對，嘗試了解，而非一味以舊的思考方式來假設其運作，希望本文能為商標法律人員提供一個釐清網路關鍵字商標爭議的方向。