

搜索引擎服务商在竞价排名中的义务： 兼论避风港原则

邱宁¹

（重庆理工大学 知识产权学院，重庆 400054）

【摘要】：面对竞价排名侵权纠纷，法院基于搜索引擎服务商不存在明知或应知侵权行为的情形、已尽到注意义务、无实质审查信息的义务等理由，一般都判决搜索引擎服务商除接到对方通知之后删除涉嫌违法的链接之外，无须承担其他责任。然而，竞价排名是广告行为，具有营利性质，不应适用避风港原则。与此同时，搜索引擎具有公共性，服务商应承担相应的义务。因此，搜索引擎服务商在竞价排名时应负有实质审查义务和区分性显示义务。

【关键词】：搜索引擎 竞价排名 避风港原则 区分性显示

【中图分类号】 D913 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1673-0186（2021）006-0104-013

竞价排名是指网站所有者和搜索引擎服务商签订合同，为在搜索引擎显示结果中跟网站相关的特定关键字购买排名位次，服务商则按具体点击量对其计费的一种服务。竞价排名最早源于美国序曲公司，该业务方法的专利属于此公司，不过，目前搜索引擎服务商基本上都在开展此项服务^[1]。

随着互联网逐渐发展壮大，人们在网获取信息变得日益重要，而商品或者服务想要扩大知名度，延揽顾客，也必须依靠网络，纸媒广告已经日渐没落，争夺顾客的竞争已经从线下走到了线上。由于互联网上存在海量的信息，如何获取有效信息对网民而言成为一个十分关键的问题。若缺乏有效的工具，面对互联网上浩如烟海的信息，网民必然感到茫然而无从下手。

搜索引擎正是解决此关键问题的有效途径。网民在搜索引擎网站输入关键词进行检索，正常情况下能够得到根据相关度排名的网址，循着这些网址，即可发现对自己有用的信息。然而，这个模式被竞价排名干扰了。竞价排名是按照付费高则排名靠前的原则对搜索的结果进行干预性排名，这就不可避免地使搜索结果的排序掺杂了商业因素和人为干预因素。

在不清楚竞价排名的存在时，基于信任与惯性思维，用户普遍认为搜索引擎显示页面的第一页基本包涵了自己所需要的信息，并且一般认为排名越靠前的网站越有实力、越值得信赖。事实上，通过竞价排名，某些相关度不高的网站信息反而排在前面，极易与有效信息形成混淆。这是竞价排名对搜索引擎正常功能的负面影响。

与此同时，在竞价排名引发的纠纷中，搜索引擎服务商是否应该承担相应的责任成为疑难问题，难有定论。因此亟须对搜索引擎服务商在竞价排名中的义务进行研究，以确定其责任，并寻求避免干扰搜索引擎正常功能的方案。

¹作者简介：邱宁，重庆理工大学知识产权学院副教授，法学博士，研究方向：知识产权法。

基金项目：重庆市社会科学规划项目“搜索引擎链接提供之欧美司法裁判比较研究”（2016BS096）；重庆市教委人文社会科学项目“搜索引擎链接提供中的权利平衡研究”（17SKG147）

一、搜索引擎服务商无责之裁判理由

由于搜索引擎巨大的辐射力，竞价排名导致的后果比较严重，影响广泛而迅速。在我国，百度公司作为搜索引擎行业的巨头，无疑应当予以重点关注，所谓“内事不决问百度”并非虚传。而百度公司在国内也有众多竞价排名业务，对其所涉纠纷进行分析以便探寻其中的是非曲直，具有典型意义，可为制度性解决竞价排名纠纷提供基础。

笔者在中国裁判文书网、OpenLaw、无讼、北大法宝等网站查阅以百度公司为被告，涉及搜索引擎竞价排名的裁判文书。根据判决结果，购买竞价排名（关键字排名）的推广客户（以下简称推广用户）可能构成侵权行为，也可能构成不正当竞争。不过，无论哪种情况，百度公司除接到对方通知后删除涉嫌违法的链接之外，无须承担其他责任。

基于对相关裁判文书 1 的梳理，在推广用户构成侵权或者不正当竞争的情况下，法院认为百度公司无须承担责任的理由主要分为三种：其一，竞价排名的特性决定了百度公司没有实质审查信息的义务；其二，百度公司已经尽到了注意义务；其三，百度公司不存在明知或者应知侵权存在的情形。

就第一种判决理由而论，法院认为，竞价排名是一种服务模式，是在网上快速获取信息的一种手段。百度公司只是提供搜索服务，显示用户所需信息的找寻路径，但这些信息的内容并非其所直接提供。用户获取信息必须根据显示的网址链接相关网站，故此类服务属于搜索服务。

既然竞价排名是一种搜索服务，那么，百度公司仅仅是网络服务提供者，对被搜索到的信息内容是否侵权无法承担审查责任，除有义务主动去除明显违法的内容之外，主动审查关键词并不是搜索引擎应负的义务。

在审理竞价排名涉及商标侵权案件时，法院认为，因为信息数量巨大，搜索引擎不可能逐项开展人力审查，只能由电脑筛选，而由于商标的数量难以计数，且它们可能注册于各种商品和服务，百度公司无法事先在电脑内装入所有与案件相关的商标。因此，从竞价排名的性质考虑，百度公司既无审查关键词合法性的义务，也无相应的能力。

第二种判决理由，即百度公司已经尽到注意义务的具体判决理由也比较集中，主要包括以下几项：第一，百度公司在合同中已警醒用户不能存在侵权行为；第二，百度公司在收到相关通知之后，已经断开相关网站的链接，或者删除了相关信息；第三，百度公司在其官方网站公布了侵权投诉通道；第四，百度公司对推广用户提交的关键词及相关信息进行了过滤（主要是涉黄、涉反动暴力等违法或有违社会公序良俗的内容），并在签订《百度推广服务合同》时对推广用户的主体资质进行了审查。至于第三种判决理由——百度不存在明知或者应知侵权状况的表述，一般都是以没有证据为由。

前文所述的三种判决理由，看似复杂，关键问题均在于对竞价排名的定性。以“百度公司已经尽到了注意义务”这一裁判理由为例，针对前文所述的四种判决情形，逐一进行分析。首先，百度公司在合同中约定推广用户不得侵权是一种内部的约定，对第三方不具有法律约束力，即对外不发生效力，百度公司并不能因此免责。

其次，断开链接或者删除信息是网络服务商的法定义务，这在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）中有明文规定。再次，百度网站告知网民投诉通道不是最直接的注意义务，但确实为网民或者用户告知百度公司相关侵权事项提供了渠道，从而为断开侵权链接或者删除侵权信息奠定了基础。

最后，过滤涉黄涉反动暴力等违法信息是行政法规规定的义务，是公法上的义务，虽然与用户有可能发生关联，但一般并不与民事侵权或者不正当竞争直接相关。因此，百度公司对第三人负有的真正注意义务只有一种，即在接到侵权通知后断开链接或者删除信息。

如果竞价排名具有网络服务性质，那么这种判决理由毫无疑问是正确的。现在的问题是，将竞价排名仅仅界定为网络服务是否恰当？是否存在其他性质？学界有不同的声音，有学者认为竞价排名是一种广告，不是一般的网络服务，应该承担基于《广告法》而产生的义务，也有学者持相反观点。谁是谁非需要进一步分析。

二、竞价排名属性之澄清

支持竞价排名是网络服务的理由看似比较充分。首先，竞价排名是由搜索引擎提供的服务，而搜索引擎本身是网络检索的工具，它所提供的服务，当然属于网络服务。其次，虽然竞价排名改变了推广用户的关联网站在搜索结果序列中的排名，但依然是一种技术服务，搜索引擎只提供了检索信息的渠道，并未在其自身网站直接给出内容。第三，与传统搜索引擎检索相比较，竞价排名只是因支付了费用而改变了网站排名，其他均保持一致，并不是一种新的服务类别，依然属于网络服务²。有学者认为竞价排名属于不正当竞争行为，应当被视作互联网不正当竞争概念的外延²。有学者提出竞价排名究其性质应该是一种广告经营和发布行为³，但未给出具体的理由。笔者认为竞价排名既是网络服务之一种特定类别，也是一种广告。

广告就其性质而言，是广而告之，令人知晓是其追求的直接效果。不管其方式与内容如何，都是广告。例如，广告商不提供内容，仅提供展板，或者提供电话等信息，依然是一种广告行为。竞价排名作为广告，其载体与传统广告不同。

一般广告的载体是电视屏幕、报纸、网页等，这些载体直接显示广告的内容，搜索引擎竞价排名提供的是部分信息和网址，但是在效果上，竞价排名与其他广告方式并无二致，都是令人知晓某种商品或者服务的内容。具体而言，搜索引擎提供了通向该广告的路径，而一般媒介则直接刊载了具体内容。

搜索引擎的推广目的也是提高商品或者服务的知名度，只不过所处的阶段与一般媒介不一样，一个是提供路径的阶段，一个是提供内容的阶段。搜索引擎并没有提供商品或者服务的完整内容，而仅仅提供了网址和关键信息。根据这些信息，网民可以大致判断相关商品或者服务的内容，点击该链接便可找到相关的网站，获取更为详细的信息。

因此，搜索引擎网站的页面在展现各种相关联的网站信息时，是作为载体存在的。没有这种载体，网民无从得知存在某个网站，只是这种载体并未直接提供更为详细的内容，大致相当于在报纸上登载了这样一则广告，即“本店出售咸鱼，联系电话139XXXXXXX”。该广告仅仅表达了商品名称和联系方式，至于价格、商品具体类别等更为详细的信息并未说明。但是，我们不能因为这些详细信息没有列出便认为这不是广告。

根据《中华人民共和国广告法》（以下简称《广告法》）的规定，广告是通过一定形式直接或间接地介绍商品或服务的商业活动。虽然前述出卖咸鱼的信息不详细，但它是通过报纸这种媒介直接介绍了自己的商品，而且该行为是一种商业活动，客户向报纸支付了广告费。因此，从这个分析可以看出，出卖咸鱼的广告是一种典型的广告。

我们再来看搜索引擎关键词竞价排名推广的性质。在关键词竞价排名过程中，客户向搜索引擎服务商提供关键词，搜索引擎服务商将这些关键词和客户的网站相关联，在网络用户检索关键词时，弹出的链接将优先推荐客户的网站地址，点击这些网址，人们就可以看到客户的网站，从而具体了解这些商品或者服务的信息。

搜索引擎服务商和客户签订协议，收取推广费。从此过程可以看出，首先，这是一个商业活动，客户和搜索引擎服务商之间签订了商业性协议，一方支付价款，另一方提供服务。其次，这些信息之所以展示在某个特定的位置是因为客户支付了推广费，与搜索引擎服务商签订了推广协议。再次，搜索引擎页面展示信息的目的虽然指向网址，但同时也大致介绍了客户的商品或者服务或者相关信息，即便不构成直接介绍，也构成间接介绍。由此可以看出，关键词竞价排名推广符合广告的基本要素，构成了广告。

那么，属于广告的竞价排名是否同样是一种网络服务呢？竞价排名是通过搜索引擎实施的一种广告，兼具了广告和网络服务的特点，和一般搜索服务不同。一般搜索服务仅仅限定在提供网络渠道，且系自动处理，不进行人为操控。当然，搜索引擎服务商在提供一般搜索服务时也存在设定程序的行为，但并不针对其中任何一个特别的关键词进行专门的设定，而是将各种关键词平等处置，相关检索结果按照统一的排序方式自动排列。

基于可信度的考虑，搜索引擎服务商不会对通常的搜索结果进行刻意的安排，因为这样将导致人们认为搜索出来的结果不是自然形成的，而是基于某种利益安排的，从而丧失对此结果的信任。而一旦人们不相信搜索结果，搜索引擎自身最基本的功能便失去了市场应用的可能性。因此，为了维持其功能与市场效应，搜索引擎服务商在提供一般搜索服务时不会倾向于对显示结果进行人为干预。

在竞价排名的情况下，搜索引擎对推广用户提供的关键词进行了特别处理，乃至只要网民搜索相关的关键词，推广用户的网站就会排列到双方合同约定的位置。因此，竞价排名已经不是一般的网络服务。根据此前的界定，网络服务一般是指普遍处理，而非个别处理。在个别处理中，相关信息处于网络服务商的控制之下。

而竞价排名是搜索引擎服务商个别化处理网站排名先后的一种商业活动，属于个别处理的范畴，与普通的网络服务不同。鉴于竞价排名是搜索引擎服务商在网上提供的一种服务，顾名思义，且根据实际情况，竞价排名确实是一种网络服务。不过，这是一种特殊的网络服务，是商业化的搜索引擎网络服务，与一般的搜索服务不同。准确地说，竞价排名是一种具有广告性质的特殊网络服务。

三、竞价排名纠纷不适用避风港原则之辨析

在推广用户通过竞价排名侵犯第三方权利的纠纷中，法院形成的基本裁判规则是：搜索引擎服务商提供的是网络服务，无须实质性审查关键词，只需在接到权利人通知后删除相关信息或者断开链接。这种处理方式是对避风港原则的适用。需要讨论的是，针对作为特殊网络服务的竞价排名适用避风港原则是否恰当？这就需要追根溯源，追问避风港原则最初产生时的用意，并结合我国法律对避风港原则的规定，提炼其适用的条件，以判断竞价排名纠纷适用避风港原则是否合理合法。

（一）避风港原则之原初含义

避风港原则是指网络服务提供者在收到相关通知后，如果采取了必要措施，就进入了“避风港”，免于承担侵权责任^[4]。避风港原则最初规定在美国《千禧年数字版权法》中，针对搜索引擎的具体规定是在该法的第 512 条 d 款。该条款限制了搜索引擎服务商在侵权诉讼中的责任，但必须满足三个条件。

其中第一个条件又可以分为三个方面：服务商实际上不知道该材料或者行为是侵权的；服务商实际不知道的侵权行为的相关事实或者情况并不是显而易见的；一旦获得这些信息或者知晓这些情况，服务商迅速删除了材料或者切断了链接。第二个条件是在有权利和能力控制这种行为的情况下，服务商没有获得可直接归因于侵权行为的经济利益。第三个条件是强调利益相关方所提供的信息符合两个特征：应能够被确定为涉嫌侵权的材料或者行为的链接；该信息可以充分合理地使服务商定位相关链接。

从《千禧年数字版权法》的规定可以看出，在涉嫌侵犯版权的案件中，搜索引擎服务商责任免除的条件包括：第一，服务商不知道侵权状况，且该状况并不是显而易见的；第二，服务商在利益相关方提供了合理信息后，迅速删除了信息或者断开了链接；第三，在服务商可以对侵权行为进行控制的情况下，服务商未从侵权行为中获得直接利益。

当然，尤其要注意的是，这部法律是为了保障数字版权。版权的状况比较复杂，有一些版权可以通过一定渠道进行核验，

另外一些则无法进行，例如未发表的书稿，这种版权保护的对象并未公开，作为提供链接的服务商，在侵权发生的情况下，无法在得到通知之前获知书稿的存在，更无法判断侵权与否。因此，在实践中，数字版权的保护需要这种避风港原则，否则，搜索引擎服务商将承担过大的责任。

为了保护网络服务行业的发展，必须设定避风港原则。与此同时，避风港原则也兼顾了权利人的利益，因为其设定了迅速删除信息或者断开链接的义务，这样权利人受到侵害的权利能够迅速得到救济。在搜索引擎服务商提供链接网址的服务中，搜索引擎处于相对中立的地位，并未专门针对任何网站或者网页设定特别的程序。

因此，在搜索引擎的搜索页面出现侵权网页的链接不在其直接控制范围之内。搜索引擎对其链接服务的内容的不法性不同程度地存在“明知”“应知”判断的障碍^[5]。在搜索引擎维持正常工作的情况下，侵权网址不可避免地出现，这是搜索引擎正常工作的必要代价。注意义务要求竞价排名服务提供者做一个“小心谨慎者”，而不是一个“全面审查者”^[6]。

如果事先对各种可能存在的侵权进行过滤，那么搜索引擎自身的正常功能将无法发挥，毕竟侵权的内容和范围实在太宽泛了，过滤内容太多，搜索引擎所能提供的链接便大大减少，从而人们希冀通过其快速获得网页信息的基本需要也无法得到满足。因此，可以说，避风港原则既保护了权利人的利益，也保障了网络服务商的生存和发展。

（二）我国法律对避风港原则之规定

我国法律在两个方面借鉴了避风港原则：一是对网络服务提供者权利义务的一般性规定，二是对信息网络传播权的保护。前者是对避风港原则最初应用范围的扩展，涵盖了网络服务提供者的各种侵权状况，而后者就其内容而言，最符合避风港原则。

关于网络服务提供者适用避风港原则的一般性规定体现在《民法典》以及与之相关的司法解释中。《民法典》第一千一百九十四条规定了网络服务提供者的侵权责任，但该条还有一个但书条款，即法律另有规定的，依照其规定。

这个但书条款为避风港原则的适用提供了渠道。第一千一百九十五条第二款规定了网络服务提供者应该在接到侵权通知后采取必要措施。第一千一百九十七条规定了明知或者应知作为网络服务提供者承担连带责任的前提条件。从上述规定可以看出，避风港原则确实在《民法典》中得以体现。

首先，《民法典》规定了网络服务提供者不承担法律责任的但书；其次，规定了网络服务提供者承担责任的特别情形；再次，规定了网络服务提供者应当负担的义务。不过，与美国《千禧年数字版权法》不同，《民法典》并未将网络服务提供者是否从侵权行为直接获利作为考虑的因素。《民法典》关于避风港原则的规定十分模糊，其用语例如“必要措施”“法律另有规定”等都比较抽象，这些语词在司法上具有过大的自由裁量空间，需要进一步明确。

在信息网络传播权保护方面，避风港原则的应用体现在行政法规和司法解释之中。《信息网络传播权保护条例》规定避风港原则的内容主要集中在第二十条和第二十三条³。这两个条款规定了网络服务提供者免责的条件，其中第二十条规定的是提供自动传输服务时免责的条件，由于本文探讨的是搜索引擎的问题，对此不再赘述。

第二十三条规定的是搜索引擎服务商提供搜索或者链接服务的免责条件，这个条件是断开链接，另规定了一个但书条款，明知或者应知侵权状况的除外。这两个条款的规定和美国法律中的避风港原则最相近，但是并未涉及网络服务提供者从侵权行为直接获利便应该承担责任的内容。

《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（下文简称《规定一》）的第四条、第八条以及第九条是对避风港原则的细化，也是对《民法典》相关内容在司法适用层面的解释。根据第四条的规定，网络服务

提供者与他人以分工合作等方式共同提供作品构成共同侵权行为时应承担连带责任，但网络服务提供者可以网络服务技术层面的理由主张不构成共同侵权行为。

这种规定显然是为了网络服务的正常运行，是避风港原则的具体表现形式之一。该解释的第八条规定网络服务提供者承担的是过错责任，并规定过错包括对网络用户侵害信息网络传播权的明知或者应知。

与此同时，该条款规定了两个重要内容，一是法院不能因为网络服务提供者没有主动审查而认定其有过错；二是如能证明采取了规定的技术手段，网络服务提供者应被法院认定为无过错。这条规范的重点在于如何限制网络服务提供者的过错范围。

其主旨包括三点，一是网络服务提供者可承担过错责任；二是网络服务提供者对侵权行为的不审查不当然有过错；三是网络服务提供者可以技术理由否定过错之存在。因此第四条对侵权行为的规定和第八条对过错的规定都是网络服务提供者承担责任的要件，这些条款中对网络服务提供者责任限定的规定，符合避风港原则。

《规定一》第九条对“知道”的解释被另一个司法解释更新，这就是《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定二》），后续论述以此规定为准。《规定二》第九条共有七项内容⁴，主要从网络服务提供者的关联行为、侵权类型和明显程度、管理信息能力、侵权后果、预防措施的技术可能性、合理措施之采取等方面确定“知道”与否。

可以看出，此处的“知道”既包括实际上知道，也包括应该知道。该规定的实质是回答在哪些情况下，网络服务提供者应该负有责任。依民法典，网络服务提供者因为“知道”侵权存在而未采取措施则必须承担连带责任。因此，知道与否是责任承担的关键所在。反之，根据民法典进行反向解释，如果网络服务提供者不“知道”侵权的存在，那么就无须承担连带责任。由此可见，“知道”之判断标准实质就是网络服务提供者承担责任的标准。

（三）竞价排名纠纷是否适用避风港原则

根据《民法典》的规定，一般情况下，网络服务提供者因网络而侵害合法权益，应负有民事责任，搜索引擎服务商亦在此列。关键的问题是如何判断搜索引擎服务商是否侵犯了他人的民事权益。一般情况下，搜索引擎并没有提供网页的内容，不构成侵权。理由是搜索引擎作为给用户提提供检索信息的工具，必须要能够为各种网页提供链接，这也是避风港原则存在的核心理由。

不过，网络服务也应分门别类，就搜索引擎服务商提供搜索服务而论，可以分为营利性的和非营利性的搜索服务。非营利性的搜索服务适用避风港原则并无疑义，否则搜索引擎的功能无法发挥，这在上文已经有所论述。而营利性的搜索服务则另当别论，不可与非营利性的搜索服务混为一谈。

竞价排名当然属于营利性的搜索服务，以百度为例，调查显示：百度在2015年的搜索服务收入达到557亿元，比上年增长27.3%，其中，付费点击增加了34.1%；2014年搜索服务收入相比前一年增加47.8%，付费点击总数增加40.2%^[7]。

就我国当前法律对网络服务提供者的规范而论，《民法典》和《规定一》《规定二》是搜索引擎服务商在提供竞价排名时是否需要承担责任的关键性规范文本。《民法典》的规定比较笼统，《规定一》与《规定二》则明确了更为细致的标准，具有司法可操作性，是判断搜索引擎服务商在竞价排名出现侵权状况时是否应该承担责任的基准。下文将根据《民法典》和《规定二》的相关内容对竞价排名进行具体分析。

根据《民法典》的规定，网络服务提供者承担民事责任尽管是一种通常的规定，但如果采取了必要措施，且事先不知道侵

权的存在，那么就无须承担责任。就目前的案件来看，网络服务提供者一般都在接到权利人通知之后采取了必要措施，因此，关键的问题是网络服务提供者对侵权的知晓状态，对此的判断是网络服务提供者是否承担责任的关键所在。

知道是指行为人实际上明知某种事实的存在；应该知道是行为人尽管实际上不知道，但基于理性人标准和特定情形，推定其知道^[8]。根据《规定二》第九条的内容，判断是否知道需要进行系统性考察。尽管该规定针对的是人身权益民事纠纷，但鉴于目前没有更为直接的对竞价排名侵犯商标权或者构成不正当竞争等内容的规范，在法律实践上，当出现规则空白时，可以类推适用这一规定。

对应《规定二》第九条的各项内容，下文逐项进行讨论。针对第一项——网络服务提供者是否以人工或者自动方式对侵权网络信息作出处理，搜索引擎服务商在进行竞价排名时，根据推广用户提供的关键词，对推广用户的网站进行了优先推荐，将其排在搜索结果的前列，因此，符合第一项内容。

这项标准至关重要，正是因为搜索引擎服务商对相关的排名结果进行了控制，推广用户才能够获得推广的效应，而这就意味着搜索引擎服务商至少对关键词本身是明知的，且对排名状况是明知的。而在推广用户与搜索引擎服务商签订推广协议时，搜索引擎服务商必然知晓推广用户的名称和业务范围，如果推广用户所提供的关键词与其业务内容没有直接联系，与其商号或者商标等没有关联，那么搜索引擎服务商应该知道其中可能存在侵权行为。虽然仅仅评价这一项标准不足以认定实际知道的存在，但认定应该知道是比较合理的。

针对第二项——网络服务提供者应具备的管理信息能力及引发侵权的可能性，竞价排名是在搜索引擎服务商控制之下进行的，虽然搜索引擎服务商无法控制被搜索到的网站的信息，但是它可以控制关键词，所以具备管理信息的部分能力，也就是在信息提供路径方面具有管理能力；竞价排名是一种营利性服务，不是无偿的，而既然是营利性的，就应该对相关的内容承担对应的责任，不能因为是网络服务就不承担可能出现的侵权责任。

在网络上，人们对搜索引擎的依赖已经成为一种共识性的事实，排名将影响网民对相关产品或者服务的判断，具有极大的商业价值；竞价排名涉及同行业商家之间的竞争，推广用户之所以选择竞价排名就是要在网络上扩大影响，形成广告效应，如此就有可能出现不正当竞争或者侵犯商标权等情形。因此，就第二项标准而论，在竞价排名中，搜索引擎服务商有能力管控部分信息，涉嫌侵权的可能性较大。

针对第三项——网络信息侵害人身权益的类型和明显程度，搜索引擎服务商在竞价排名中尽管也可能涉及侵害人身权益，但更多的是侵害商标权等财产权利，因此，第三项内容只能类推解释。在竞价排名中，关键词所指向的网站信息本身未必侵权，但是推广用户提供了误导性的关键词，导致网民在输入某个关键词进行搜索时，本来不应该出现推广用户的网站链接信息，但由于竞价排名的存在使推广用户的网站链接信息不仅显示，而且排在前列，导致原本希望获得其他信息的网民，获得了错误或者不准确的信息，而原本应该显示的网站因此受到损害。至于侵权的明显程度则依赖于关键词造成混淆或者错误的程度，并无统一标准。然而，如果关键词本身就不是推广用户自己的产品或者服务的直接相关内容，因此而造成的侵权，则属于比较明显的范围。

针对第四项——网络信息的社会影响程度和浏览量，此二者唯有在个案中确定，无法进行抽象判断。需要指出的是，搜索引擎的社会影响绝非一般网络服务可比。针对第五项——网络服务提供者采取预防侵权措施的技术可能性及其是否采取相应合理措施，一般情况下，搜索引擎服务商已经采取了一定的措施，例如过滤危害国家安全等相关的内容，但是这在民事权益保障方面存在不足。

由于竞价排名协议是逐份签订履行的，并不是成千上万的协议一起执行，因此，搜索引擎服务商可以针对每一个关键词进行审查，尽管可能出现无法审查到的内容，但适当的预防措施是可能的，例如审查某个关键词是否与其他主体的利益发生冲突，

这些内容之审查既可以通过搜索引擎搜索进行，也可以通过商标或商号等查询机构进行。而根据实际案例，目前为止，百度公司并没有采取这些合理的措施，而是止于告知推广用户自己应该不违反法律，这是远远不够的。

针对第六项——网络服务提供者是否存在重复侵权行为或采取相应合理措施，搜索引擎服务商在提供竞价排名服务时，在收到权利人通知后，一般都会采取合理措施，删除关键词或者断开链接，因此，这项标准对搜索引擎服务商而言不是问题。第七项标准是“与本案相关的其他因素”，这一点只有在个案中才能具体考量，无法在此展开讨论。

综上所述，搜索引擎服务商在提供竞价排名服务时，如果因为排名出现侵权问题，大概率符合知道或者应该知道侵权状况存在的标准，不能简单地适用避风港原则。

四、搜索引擎服务商在竞价排名中应负之义务

既然竞价排名不能简单适用避风港原则，那么搜索引擎服务商在提供竞价排名服务时究竟应该负有何种义务？这就需要进一步分析竞价排名的特殊性，并据此推断出搜索引擎服务商应负的义务，从而在法律上更为全面地解决问题。

（一）实质审查义务

如前文所述，在竞价排名的纠纷中，尽管推广用户侵犯了商标权或者构成了不正当竞争，但法官均判决百度公司不负任何责任，其理由主要是百度公司提供的是搜索引擎技术服务，不构成内容服务，因此，不负有主动审查关键词的义务，除在接到通知后删除链接外，不负有其他责任。

另外，有法官认为“竞价排名服务解决了互联网信息的海量性、网络用户希望快速获取信息的现实性与推广用户在海量信息中希望被关注之间的矛盾”⁵，因而具有存在的必要性。不过，按照我国现行法律的规定，搜索引擎服务商在提供竞价排名时，不能简单适用避风港原则，应该负有实质审查义务。

诚如前文的分析，竞价排名是一种广告行为，那么搜索引擎服务商作为特殊类型的广告经营者便负有《广告法》上的义务6。根据该法第三十四条的规定，搜索引擎服务商在提供竞价排名服务时，其角色应该是广告发布者与经营者。基于此身份，它有义务查验证件和核对广告具体内容，搜索引擎服务商在明知或应知关键词广告存在虚假问题的情况下，应负连带责任^[9]。

搜索引擎服务商需要建立广告义务审核制度，并核对广告内容，且不得对内容不符的广告提供代理服务。此条规定的义务对搜索引擎服务商而言比较实质化，这就意味着搜索引擎服务商需要核对竞价排名所服务的网页内容，此项法定义务并不能因为该服务商提供的是网络服务而免除。

根据《广告法》第三十七条的规定，搜索引擎服务商必须在合法范围内经营竞价排名业务，这就对搜索引擎服务商审查竞价排名的网页内容提出了要求。根据《广告法》第四十五条的规定，搜索引擎服务商有义务制止传输违法的竞价排名结果。

综合这些义务性规定，其义务性内容主要是两项：一是核对内容的义务；二是制止违法广告的义务。由于后者其实已经在前文涉及的司法解释中进行了规定，因此，需要重点强调的是核对内容的义务，且这种核对还需包括对违法内容的排除，不能仅限于核对内容在文字表达等方面的正确性。这就意味着，搜索引擎服务商对竞价排名的内容负有实质审查义务。

（二）区分性显示的义务

或许有人认为，尽管竞价排名具有广告性质，但毕竟是一种特殊的广告，鉴于搜索引擎服务自身的特殊性，应该减免其义

务。这种观点与避风港原则异曲同工，都意在赋予网络服务特殊的优势地位。不过，该观点不能成立。个中理由在于搜索引擎的特性。有研究者提出“百度、腾讯等搜索服务公司并不满足公共企业的要求，搜索服务也不是属于公共服务性质”^[10]。

搜索引擎服务商虽然是私主体，没有公权力，但是搜索引擎自身却并未因此而减弱公共性。有学者提出将包括搜索引擎在内的网络空间界定为新型公共场所，而搜索引擎服务商作为这一公共场所的管理人应承担安全保障义务^[11]。网络信息在当今世界已经成为最重要的信息来源，人自身已经被信息化，商业主体当然不能例外。在浩如烟海的网络信息中，人们得知各类信息的途径主要是通过搜索引擎。

搜索引擎聚合了海量的信息链接，人们利用搜索引擎可以方便获知各种自己需要的信息。搜索引擎因此变成了人们获取信息的通道。尽管其服务由私人公司提供，但搜索引擎俨然已经成为公共通道，其利用的是已经存在于网络世界的各类信息，无法回避公共性。由于人们的持续依赖，搜索引擎已然成为不可或缺的工具。这些都使得搜索引擎成为一种公共渠道。

与此同时，人们非常信任搜索引擎提供的排列结果，普遍认为这是自然排序而非人为干预的结果，因此，搜索引擎在人们之间获得了非常巨大的公信力。竞价排名实际上利用了这种公信力，如果人们不相信其给出的结果的公信力，各类主体不会寻求竞价排名。

这就是说，实际上，竞价排名是因为搜索引擎的公共性和公信力而得以存在。如果竞价排名给出位次靠前的链接网站发布的是虚假乃至违法的内容，那么人们极容易因为基于一种合理的信任而带来不必要的损失。这种效果与一般平面广告不同。平面广告在人们的意识中是明确的广告，人们清楚地知道它的作用。

虽然平面广告也会为产品造势，但其不存在公共性，更不具有公信力，因此没有权威性。人们对其的认识一般保持在这只是商业宣传的层面。而搜索引擎搜索结果的排名则因为公共性和公信力，导致人们认为该排名是自然公正的结果，就此信任该排名，因此排名位次不仅具有广告效应，还具有了公信力的加持。

人们在运用搜索引擎搜索之际，自然会从排名高的结果开始向下了解，而点击网页链接的兴趣随着排名的降低而下降，因此，排名位次越高的链接越受关注，这就是典型的广告效应。有研究表明，搜索引擎广告通常会产生 2% 的点击率，但当网民购买意愿较高时，将产生更高的点击率。排名第一的搜索引擎广告获得的点击量远远超过后续排名^[12]。

既然竞价排名具有广告效应，而且利用了公信力，那么搜索引擎服务商在这种业务中不仅需要承担作为广告经营者的义务，还需承担利用公信力而带来的义务。这种考虑符合权利—义务对等原则，符合基本的公平观。搜索引擎服务商需要承担的义务是将参与竞价排名的链接和其他自然排名的链接区分开来，以便保持搜索引擎自身的公共性，使之在开展竞价排名的业务的同时，不冲击搜索引擎的公共性。这种义务就是区分性显示的义务。

查验目前百度搜索结果，竞价排名网址链接的右侧标记了广告字样，此类搜索结果与其他搜索结果夹杂出现在结果显示页面。竞价排名网址链接的广告二字颜色，是比搜索结果文字性内容更淡的淡蓝色，而对搜索结果进行介绍的文字性标题则是正常的蓝色。

360 搜索页面的显示方式与百度搜索类似，竞价排名网址链接和自然排名的其他搜索结果夹杂出现在结果显示页面，但前者网址右侧的广告字眼是淡黄色。必应搜索（国内版），搜狗搜索的显示方式与 360 搜索一样，包括显示方式和广告颜色均无区别。搜狗搜索也与 360 搜索的上述显示方式一致。

就目前而言，上述四种搜索引擎服务商为国内主流，可代表我国搜索引擎整个行业。虽然前文所言之显示方式已经和自然排序的结果有了一定区分，但并不显眼，不能完全避免对搜索引擎公共性造成冲击。可以说，该显示方式依然利用了搜索引擎

的公共性，将其作为获取商业利益的筹码。因此，目前的显示方式需要改进，以便搜索引擎服务商实际承担起区分性显示的义务。

首先，为竞价排名的搜索结果单独设置显示区域，将其与自然排序的显示区域相区分。正如前文所言，人们对搜索引擎的信任已经形成，如果自然排序与竞价排名的显示不分开，人们很容易混淆二者，从而导致搜索引擎的公信力被滥用到商业之中。

而竞价排名的搜索结果单独显示则明确将二者相区别，人们因此不会轻易混淆。基于这种显示方式，虽然人们在搜索结果的前几页必须忍受商业推广的链接，虽然这种效应依然会用到搜索引擎的公共性，但由于已经不容易引起人们的误解，因此属于合理范围，是对公共性的合理利用。可以说，这一项义务性要求是最根本的措施。

其次，竞价排名搜索结果显示的题头简介部分，应该采用与自然排序对应部分不同的颜色。此项要求依然是为了使得竞价排名更易识别。虽然搜索结果显示分区已经在一定程度解决了竞价排名和自然排名混淆的问题，但是为了更为明确进行区别，以免部分人还是会混淆，设置这项义务实为必要。从另一个角度考虑，增加这项义务并不会给竞价排名带来十分不便，因为关键的区分是在显示的区域划分上，不同颜色的要求只是一种辅助性手段，对竞价排名而言并未设置更多障碍。

再次，显性明示竞价排名网址链接旁的广告二字。尽管在当前的显示中，“广告”二字已经出现，但是考察前文四个主要搜索引擎服务商的做法，此二字的显示都采用浅色。虽然浅色字具有一定的辨识度，人们在注意的情况下，还是能够意识到这两个字，但是，如果不特别注意，浅色字容易被忽视。因此，为了避免这种情况发生，有必要将“广告”二字设置为显性颜色，从而提醒人们这是广告，而非自然排名的显示结果。这种处理方式是有效防范可能混淆的另一种必要措施。

或许有人会说，上述三个区分显示义务的设置会导致竞价排名业务无人问津。其实这种担忧没有必要，搜索引擎是网络信息搜索的必要通道，此特定地位决定了搜索引擎必然会被高频使用，吸引大量的目光。而这正是广告的要义所在，关注度是广告的首位。因此，借助搜索引擎这个优势，尽管和自然排名相区别，竞价排名还是必定会大有空间。最为关键的是，区分显示的义务使得广告回归其应有的位置，避免出现不当利用搜索引擎公共性的不良后果。

五、结语

互联网的发达与广泛应用改变了人们的生活，造就了革命性的历史进步。而搜索引擎是在互联网有效获取信息的必要通道，具有公共属性。竞价排名虽然在短期内为搜索引擎服务商带来了巨额利润，但若定性不准，过度使用，可能削弱搜索引擎应有的公信力，既不符合搜索引擎服务商的长远利益，也给互联网的应用设置了不必要的障碍。

反思当前我国竞价排名纠纷司法裁判中存在的问题，诊断出其裁判理由的支撑点是对竞价排名的不当定性，即将其视为一般的网络服务。而实际上，具有广告性质的特殊网络服务，才是对竞价排名的准确界定。基于此性质判定，竞价排名不适用避风港原则。

相反，在进行竞价排名时，搜索引擎服务商必须承担相应的义务，即对关键词相关内容的实质性审查义务和对有关搜索结果的区分性显示义务。若上述两种义务得以履行，则不仅搜索引擎服务商可以合理开展竞价排名业务，搜索引擎亦可保持其作为公共网络工具的角色。由此，公共利益和私人权益得以兼顾，可谓两全其美。

参考文献：

[1]文炯. 搜索引擎之竞价排名研究[J]. 江西图书馆学刊, 2006(1):119-121.

-
- [2]任妍姣.论付费搜索广告不正当竞争性质之认定——以《反不正当竞争法》为视角[J].吉林工商学院学报,2020(3):108-113.
- [3]张俊芬.搜索引擎之竞价排名的法律问题研究[J].北京邮电大学学报(社会科学版),2009(6):19-22.
- [4]刘晋名,艾围利.“避风港规则”的法律适用困境及消解路径[J].南京社会科学,2020(8):95-99+116.
- [5]陈堂发.网络不雅内容治理中搜索引擎法律责任探讨[J].南京邮电大学学报(社会科学版),2020(5):18-29.
- [6]陶乾.论竞价排名服务提供者注意义务的边界[J].法学杂志,2020(5):75-83.
- [7]杨彩霞.利益平衡理念下搜索引擎竞价排名行为的刑法有限规制[J].北方法学,2019(3):54-63.
- [8]朱冬.网络服务提供者间接侵权责任的移植与变异[J].中外法学,2019(5):1340-1356.
- [9]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.
- [10]任超,孙超.付费搜索的反不正当竞争法规制——以《反不正当竞争法》修改为背景[J].大连理工大学学报(社会科学版),2019(4):81-88.
- [11]郭红伟.论搜索引擎服务提供者的安全保障义务[J].法学杂志,2019(11):77-86.
- [12]NORTH M. Searching for answers?An examination of search engine advertisement strategy,ranking and keywords to generate clicks[J].International Journal of Internet Marketing and Advertising,2020,14(4):454-471.

注释:

1 重庆玛格家居有限公司与北京百度网讯科技有限公司、重庆创想家居有限公司等侵害商标权纠纷一审民事判决书[EB/OL].(2019-11-08)[2020-12-18]<http://wenshu.court.gov.cn/>.东莞市斯博锐高分子建筑材料科技有限公司与深圳市纳路特科技有限公司、百度(中国)有限公司深圳分公司、北京百度网讯科技有限公司、百度国际科技(深圳)有限公司侵害商标权纠纷一审民事裁定书[EB/OL].(2018-12-30)[2020-11-08].东莞市魏氏服饰有限公司与北京百度网讯科技有限公司等侵害商标权纠纷案一审民事判决书[EB/OL].(2016-08-15)[2020-11-08]<http://wenshu.court.gov.cn/>.陈茂篷诉百度在线网络技术北京有限公司侵犯著作权及虚假广告纠纷案一审民事判决书[EB/OL].[2016-09-25][2020-11-08].<http://www.law-lib.com/>.

2 陈茂篷诉百度在线网络技术(北京)有限公司侵犯著作权及虚假广告纠纷案一审民事判决书[EB/OL].(2016-9-25)[2020-11-08].<http://www.law-lib.com/>

3 该条例第二十条规定,网络服务提供者根据服务对象的指令提供网络自动接入服务,或者对服务对象提供的作品、表演、录音录像制品提供自动传输服务,并具备下列条件的,不承担赔偿责任:(一)未选择并且未改变所传输的作品、表演、录音录像制品;(二)向指定的服务对象提供该作品、表演、录音录像制品,并防止指定的服务对象以外的其他人获得。第二十三条规定,网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书后,根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。

4 《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第九条规定：人民法院依据侵权责任法第三十六条第三款认定网络服务提供者是否“知道”侵权状况，应当综合考虑下列因素：（一）网络服务提供者是否以人工或者自动方式对侵权网络信息以推荐、排名、选择、编辑、整理、修改等方式作出处理；（二）网络服务提供者应当具备的管理信息的能力，以及所提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小；（三）该网络信息侵害人身权益的类型及明显程度；（四）该网络信息的社会影响程度或者一定时间内的浏览量；（五）网络服务提供者采取预防侵权措施的技术可能性及其是否采取了相应的合理措施；（六）网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为或者同一侵权信息采取了相应的合理措施；（七）与本案相关的其他因素。

5 中国裁判文书网. 重庆金夫人实业有限公司与北京百度网讯科技有限公司、南京米兰尊荣婚纱摄影有限公司侵害商标权纠纷案二审民事裁定书[EB/OL]. (2018-07-09) [2020-12-20]. <http://wenshu.court.gov.cn/>.

6 《广告法》第四十四条规定，利用互联网从事广告活动，适用本法各项规定。根据此规定，搜索引擎服务商的竞价排名业务适用《广告法》。《广告法》对搜索引擎服务商的义务性规范主要集中在以下条款：第三十四条规定，广告经营者、广告发布者应当按照国家有关规定，建立、健全广告业务的承接登记、审核、档案管理制度。广告经营者、广告发布者依据法律、行政法规查验有关证明文件，核对广告内容。对内容不符或者证明文件不全的广告，广告经营者不得提供设计、制作、代理服务，广告发布者不得发布。第三十七条规定，法律、行政法规规定禁止生产、销售的产品或者提供的服务，以及禁止发布广告的商品或者服务，任何单位或者个人不得设计、制作、代理、发布广告。第四十五条规定，公共场所的管理者或者电信业务经营者、互联网信息服务提供者对其明知或者应知的利用其场所或者信息传输、发布平台发送、发布违法广告的，应当予以制止。