

## 互联网市场中关键词隐性使用行为的法律分析

曹雨薇

浙江工商大学法学院 浙江杭州

**【摘要】**在互联网经济时代，网页关键词的隐性使用成了竞争者们抢占市场资源的重要手段。但是该行为在一定程度上有引发诉讼的法律风险，易被认定为不正当竞争行为。然而针对该问题，我国立法上存有空白，司法中呈现“同案、类案不同判”之乱象。为此，有必要梳理司法实践中典型的关键词隐性使用案件并从中总结判决依据和裁判观点。事实上以《反不正当竞争法》中的一般条款认定该类行为构成不正当竞争存有进路障碍，而适用该法第六条并参考美国司法实践融入混淆判定因素能合理地解决此问题。

**【关键词】**不正当竞争；关键词隐性使用行为；一般条款；混淆判定因素

### A Legal Analysis of the Implicit Use of Keywords in the Internet Market

Yuwei Cao

School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou, China

**【Abstract】**In the era of Internet economy, the implicit use of web page keywords has become an important means for competitors to seize market resources. But this behavior has the legal risk of triggering a lawsuit to a certain extent, and it is easy to be identified as an unfair competition act. However, in response to this problem, there are gaps in our country's legislation, and the judiciary presents the chaos of "different judgments for same case and similar cases". Therefore, it is necessary to comb the typical cases of implicit use of keywords in judicial practice and summarize the judgment opinions. In fact, there are obstacles in the way to determine that such acts constitute unfair competition based on the general provisions in the Anti-Unfair Competition Law, while the application of Article 6 of the Act and the incorporation of confounding factors with reference to American judicial practice can reasonably solve this problem.

**【Keywords】**Unfair competition; Implicit use of keywords; General terms; Confounding factors

#### 1 问题的提出

互联网经济的一大显性特征体现为一种注意力经济，对于竞争者来说，掌握了市场上消费者的注意力即拥有了一定的竞争优势。网页关键词定位机制承载了信息爆炸时代下使得消费者能够迅速抓取可利用信息的功能，而与之对应出现的关键词排名机制则为经营者吸引消费者的有限注意力提供了可能性。实践中，关键词的显性使用往往会被认定为商标侵权，但隐性使用行为的不正当竞争认定及规制却存在较大的争议。<sup>[1]</sup>

本文所指的关键词隐性使用是指一方(经营者)在后台将他人的商标、企业名称、商品名称或其他商业标识添加为搜索关键词，导致用户进行搜索时

推广标题、摘要和链接中并不出现他人标识而优先或次之出现该经营者的内容。此时，该经营者就能达到利用他人标识吸引用户的注意力之目的，或使得用户认为两者存在特定联系，进而导致用户选择接受其的商品或服务，减损与其他经营者之交易机会。

针对该问题，目前我国立法上存有空白，司法中呈现“同案、类案不同判”现象。基于此，本文梳理了司法中较为典型的关于关键词隐性使用的案件并总结了判决依据、观点；多数法院在适用一般条款规制该类行为时在论证上存有较大漏洞，未形成逻辑闭环，主要体现在两方面：一是对关键词隐性使用导致的商业机会减损之论证缺乏合理性；二

是对关键词隐性使用造成的损害程度之判定过于模糊宽松。在此问题基础上,笔者提出了新的逻辑思路——采取《反不正当竞争法》第六条并借鉴美国法院在处理该类案件时运用的混淆判定理论来认定关键词隐性适用的不正当性,以期为实践中解决该问题提供合理的路径参考。

## 2 关键词隐性使用的立法与司法现状

### 2.1 关键词隐性使用的立法缺位

因网络搜索竞价排名引发的关键词“不当利用”的问题,相关立法部门也曾多次尝试应对。2015年07月01日出台的《互联网广告管理暂行办法》(征求意见稿)第十五条第二款明确,“将他人商业标识作为搜索关键词、加入网页或源代码增大被点击率,使消费者误入其他网站”系不正当竞争行为。但在正式实施生效文件中,此条又被删除,仅在该法第七条对竞价取得排名优势的链接加诸一个标注义务,需显著标明“广告”字样。时隔一年,在2017年《反不正当竞争法》修订过程中,全国人大常务委员会委员杨卫提出将隐性使用关键词作为一种不正当竞争行为。但最终公布施行版本中未见此规定。

可见,对于隐性使用他人商业标识参与竞价排名的行为,目前在全国性统一法律法规层面未有这方面的具体约束内容。2016年出台的《北京市高级人民法院关于涉及网络知识产权案件的审理指南》第38条罗列了五大因素来综合考量使用他人商业标识参与竞价排名的行为定性。但是该《审理指南》终究在效力层面及规范层面有所欠缺,也未正面回应关键词隐性使用的不正当性判定标准及路径,难以解决当下市场上层出不穷的关键词隐性使用行为引发的纠纷。

实质上,该问题关系到对搜索引擎提供的关键词服务这一市场的利益。本身关键词竞价排名是独立合法的市场行为,隐性使用他人商业标识行为确实很难从正面论证其具体违法之处,如果一刀切,则可能会损害国内搜索引擎的利益。立法定位究竟在何,尚在摸索中,故而至今未予回应。

### 2.2 关键词隐性使用的司法适用差异

基于立法未作统一回应,在引发纠纷后只能交由司法机关自行判断,各地法院存在“同案、类案差异判”也不足为奇。以下为笔者整理的近年来较

为典型的关键词隐性使用案件的裁判观点。

#### (1) 认定关键词隐性使用构成不正当竞争

在畅想公司案中,被告中源公司、中晟公司在百度竞价排名搜索推广中将“畅想软件”“宁波畅想软件开发有限公司”设置为关键词,导致相关公众在搜索时,优先位出现的是“富通天下”广告推送(系中源公司、中晟公司提供的内容),而不是畅想公司的相关产品及服务。浙江省高级人民法院(二审法院)认为中源公司、中晟公司的行为显属不当使用他人的企业名称或字号,有悖于诚实信用原则和公认的商业道德,应给予明确的否定性评价。<sup>[2]</sup> 最高院在审查再审申请时,亦主要运用了《反不正当竞争法》(1993)第二条作为裁判依据<sup>[3]</sup>,并最终驳回了再审申请。

在株洲鸿新公司案中,被告欧力德公司将原告鸿新公司名称与字号作为其搜索关键词,登入北京奇虎科技有限公司主营的“360搜索”(www.so.com),在搜索栏输入“株洲鸿新”、“株洲鸿新实业”等文字,会在搜索结果中显示“湖南欧力德换热实业”、“湖南欧力德换热实业有限公司”,点击即进入被告欧力德公司的官方网站。但与前案不同的是,法院在认定该行为是否构成不正当竞争时,裁判依据为《反不正当竞争法》(2019)第二条与第六条第(二)项,且认为关键词隐性使用涉及的商业标识系他人合法拥有的企业名称时,会造成相关公众误认原被告之间存在特定联系。<sup>[4]</sup>

#### (2) 认定关键词隐性使用不构成不正当竞争

在金夫人公司案中,被告米兰公司在计算机系统后台将案涉组合商标中的文字“金夫人”设置为百度推广服务关键词,搜索结果中首条链接是金夫人公司的官网,第三条为米兰公司,点开后的米兰公司网站中显示为米兰公司提供的服务内容,与金夫人无关。南京市中级人民法院(二审法院)认为隐性使用他人商业标识参与竞价排名不属《反不正当竞争法》(1993)明确列举的不正当竞争行为之列,此种行为的定性只能以该法一般条款作为裁判依据。结合关键词广告市场特性以及网络用户的认知水平等因素,综合认定米兰公司的行为尚未达到违反诚实信用原则和公认的商业道德的程度。<sup>[5]</sup>

江苏省高院在审查再审申请时,从损害要件上排除了对关键词隐性使用构成不正当竞争适用,

认为米兰公司将金夫人公司“金夫人”作为百度推广服务的关键词的行为,其目的是增加该公司网站的点击量,增加该公司的知名度,希望为其带来潜在的商业交易机会,但这种商业交易机会并非法定权利,金夫人公司也未提供证据证明米兰公司的行为实质性损害了金夫人公司的正当利益或消费者利益。<sup>[6]</sup>

### 3 以一般条款认定关键词隐性使用构成不正当竞争

一般条款从其产生以来,在适用上就饱受争议。各地法院在面对新型不正当竞争行为时,惯常的操作就是无法适用具体规则便向“一般条款逃逸”。然而在具体适用时,部分法院过于随意简单,将一般条款当成了“箩筐”,论证时没有充分说理、形成完整的闭环。这就导致了大多数法院在评判关键词隐性使用行为时借助反法第二条时产生的结果大相径庭。笔者认为,实践中法院的主要分歧在于对商业机会的保护程度及竞争损害性的认定上。

#### 3.1 关键词隐性使用导致的商业机会减损之论证缺乏合理性

商业机会并非《反不正当竞争法》明定的权利类型,对于隐性使用关键词的行为带来的减损一方商业机会或交易机会,是需要详细论证的。在畅想公司案中,法院仅简单论述了原告的交易机会被缩减,便认为被告的行为有悖于诚实信用原则和公认的商业道德。首先,在互联网环境下,一个经营者链接的出现是否必然对另一个经营者的链接产生影响,是要严格认定的,就该案中并没有具体证据证明商业机会受损或者可能受损。其次,一般来说,诚实信用原则规制的是不诚信行为,典型的就是欺诈。就关键词隐性使用而言,经营者仅在搜索引擎后台隐性使用他人商业标识,且搜索结果出现时会显示为赞助链接,故而并非欺骗消费者行为。况且何为商业道德,就该类行为而言目前并没有明确可循的行业标准或者其他商业惯例,如果认定该行为是违背了商业道德,至少法院要说明是违背了何种商业道德。然而以上问题的说理论证均未在现行的判决中体现。

#### 3.2 关键词隐性使用造成的损害程度之判定过于模糊宽松

一般条款中的损害要件相当于一项门槛性要件,

就是无损害即无不正当性,对于不会造成实际损害或者损害极其轻微的行为,司法不应予以干预。<sup>[7]</sup>然而,在关键词隐性使用的案件中,法院除了提及“商业机会的减少”,并未证成该负面结果系《反不正当竞争法》语境下的损害;更有甚者,在金夫人公司案中法院均未说明隐性使用行为对原告的合法权益造成了损害。

拉伦茨认为,“一般条款乃是须填充之标准,在适用中需细化和确定其在个案中的应有之义,司法裁判乃是依凭现有的法律评价标准及其他衍生之标准,使社会伦理在特定类型的案件中变得具体、明确。法律原则虽能主导法律意旨,但无法径行适用于个案,唯有将一般条款具体化才能生成裁判准则和要件”。<sup>[8]</sup>就关键词隐性使用行为而言,实践中借助一般条款判定尚未形成统一观点,也没有成熟的评价标准。从以上分析中可知,以一般条款认定关键词隐性使用构成不正当竞争

### 4 新的逻辑:适用“反法六条”并融入混淆判定因素

梳理分析各类关键词隐性使用的案件后,笔者认为株洲鸿新公司案中湖南中级人民法院的裁判观点可以作为一个新的论证思路,即采取修订后的反法第六条规制该类行为比一般条款更为适当。从立法宗旨上看,反法第六条于2017年修改,该次修改更为彻底地借鉴了商标法中的混淆理论,明确该条的定位在于防止商业标识的“来源混淆和关系混淆”。但是司法实践中对该条的适用要件及混淆的判定因素的说理仍存在缺陷。

关键词隐性使用行为符合该法条所要求的三大基本要件:(1)“隐性使用”行为属于反法六条中是“使用”行为;(2)隐性使用的关键词涉及的他人商业标识系具有“一定影响”的标识;(3)关键词隐性使用会导致相关公众混淆。<sup>[9]</sup>

具言之,首先关键词隐性使用行为不能认定为我国商标法中的第48条的“商标性使用”,但是从反不正当竞争法的保护法益出发,其涉及的使用领域仍然为商业领域。故而笔者认为,在不正当竞争框架下,对于使用的认定可以参考美国的做法,扩大“商业性使用”的标准,实践中美国法院已逐渐达成一致意见,认为拍卖、竞标和购买商标关键词是

《兰哈姆法》所要求的“商业性使用”。由于美国本身对涉及商标、商业标识的案件不单独做不正当竞争审查，而是纳入到《兰哈姆法》进行调整，故其对于商标和部分商业标识的保护程度比我国更为全面。基于我国《商标法》对“商标性使用”的认定已经成型，但在竞争法领域采取“商业性使用”标准尚有余地，因此借鉴美国的做法一方面符合该法维护市场竞争秩序的主旨，另一方面也契合该隐性使用行为的内在动因，即关键词隐性使用不在于侵权而在于竞争。

其次，对于“一定影响”是一个程度要求，本身具有抽形性和不确定性。但是从立法变动角度看，立法者将“知名”替换为“一定影响”，显然要求放低放宽了，也就意味着该条项下受保护的商业标识范围是呈扩张趋势的。故而，在关键词隐性使用的案件中，法院无需侧重论证原告的商业标识的影响力，但凡在市场中，经营者愿意去购买让他人商业标识的关键字排名并进行隐性使用，就能够说明该他人的商业标识是有一定影响力的。

最后，关于是否导致了消费者混淆是一个关键要件，而对于该条中混淆的判定因素是目前立法和实践中尚未重视的。美国法院在互联网领域关键词商标侵权案中，除了形成上述提及的“商业性使用标准”外，还强调消费者混淆是违反《兰哈姆法》的关键因素，仅仅拍卖、竞标或购买商标关键词不构成商标侵权。在具体进行消费者混淆的判定时，大多数情况下法院主要依赖 SLEEK CRAFT 八要素（Eight Sleekcraft Factors）进行审查。虽然我国《反不正当竞争法》和美国《兰哈姆法》立意不同，不过关于混淆的判定因素仍可参考适用。

笔者认为，首先商标的强度是一个可用要素。这与“一定影响”相互呼应，若经营者隐性使用的他人商业标识系与驰名商标相关的企业名称或其他标识的，则不适用反法六条一项之规定；反之，当被隐性使用的关键词是非驰名商标或其他普通标识的则可以适用该条。比如，当消费者搜索麦当劳时，在搜索结果内弹出了德克士有关的内容，也即德克士这方经营者在后台将与麦当劳相关的内容设置成了隐性关键词，此时，只能认定该种使用行为是一种单纯广告行为。两大品牌或者一方品牌的知名度显然不可能造成消费者混淆（在个案中被认定驰

名商标的意味着其自身带有显著的区别性），如果消费者因此进入了德克士的点单界面并下单，这种商业机会的丧失绝不是因为德克士不正当地抢占市场。原因在于，一方面，德克士在关键词竞价时付出了相应对价；另一方面，在两大经营者在销售内容及手段上是旗鼓相当的情况下，其宣传广告的内容才是真正吸引消费者的。正如英国的市场哲学就提出：“除采取欺诈等不正当的行为方式外，市场行为给他人带来经济损失是不得被接受和承认的客观事实”。<sup>[10]</sup>

## 5 结语

近年来，伴随着经济、技术的迅猛发展，市场中不正当竞争行为看似表现多样化，实则仍处于法律的调整范围内。关键词隐性使用行为虽然没有专门法律进行规制，但深究其行为本质，其不正当性就是在于混淆了市场，故而可以纳入现行《反不正当竞争法》第六条一项之规制范围。不过，在具体适用时，混淆因素的判定还有待司法实践中进行归纳总结，最终形成一套完整的可以用于判定各类混淆行为的标准。

## 参考文献

- [1] 陶乾.隐性使用竞争者商标作为付费搜索广告关键词的正当性分析[J].知识产权,2017(01):73-81.
- [2] 参见浙江省高级人民法院（2015）浙知终字第 71 号民事判决书。
- [3] 参见最高人民法院（2015）民申字第 3340 号裁定书。
- [4] 参见湖南省株洲市中级人民法院(2020)湘 02 民初 82 号判决书。
- [5] 参见南京市中级人民法院（2016）苏 01 民终 8584 号判决书。
- [6] 参见江苏省高级人民法院（2017）苏民申 2676 号判决书。
- [7] 孔祥俊.论新修订《反不正当竞争法》的时代精神[J].东方法学,2018(01):64-80.
- [8] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥,译.北京:商务印书馆 2003: 170、353.
- [9] 刘继峰.反不正当竞争法中“一定影响”的语义澄清与意义验证[J].中国法学,2020(04):186-200.

- [10] 毛罗·布萨尼、弗农·瓦伦丁·帕尔默编.欧洲法中的纯粹经济损失.张小义, 钟洪明译.北京: 法律出版社 2005: 17.

**收稿日期:** 2022年3月10日

**出刊日期:** 2022年4月14日

**引用本文:** 曹雨薇, 互联网市场中关键词隐性使用行为的法律分析[J]. 现代社会科学研究, 2022, 2(1): 45-49.

**DOI:** 10.12208/j.ssr.20220009

**检索信息:** RCCSE 权威核心学术期刊数据库、中国知网 (CNKI Scholar)、万方数据 (WANFANG DATA)、Google Scholar 等数据库收录期刊

**版权声明:** ©2022 作者与开放获取期刊研究中心 (OAJRC) 所有。本文章按照知识共享署名许可条款发表。 <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



**OPEN ACCESS**