

关键词隐性使用法律定性路在何方？

——新反法的未尽之问

作者：汪玉蓉

摘要：《反不正当竞争法》的修订使非混淆性关键词隐性使用行为的法律适用路径出现明显分歧：对于关键词隐性使用行为的规制，是应当限于制止混淆范畴，以保持与商业混淆条款的体系协调，抑或仍可适用一般条款保护多元法益以应对复杂市场环境下的保护需求，属于新修订《反不正当竞争法》的未尽之问。

2025年6月27日，第十四届全国人大常委会通过了《反不正当竞争法》修订案，该法自2025年10月15日起施行。本次修订的最大亮点之一，是在第七条第二款首次将“使用他人注册商标及其他商业标识作为搜索关键词”明确列为类型化混淆行为，与传统混淆行为条款一样，以“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”作为构成要件。虽然修订案试图将关键词使用的法律性质框定在混淆范畴内，但关键词隐性使用行为在混淆视角之外的正当性争议仍然悬而未决——是否因导致经营者交易机会流失、增加消费者搜索成本等扰乱竞争秩序的后果而违反《反不正当竞争法》一般条款，新法并未给出最终定论。在此背景下，结合新法对关键词使用条款的定位及司法实践的最新发展，深入探讨关键词隐性使用行为的法律适用问题具有重要的理论和现实意义。

一、关键词隐性使用行为在修法前后所面临的适用问题变化

随着移动互联网的普及和持续发力，信息呈爆炸式增长，消费者的注意力逐渐成为一种稀缺资源。为了争夺消费者的注意力，实现内容到商业变现的转化，市场竞争者们普遍采用在搜索引擎等流量入口购买搜索关键词的方式进行营销推广。其中，购买他人商标、企业名称等商业标识作为搜索关键词的行为因涉及对商业标识权利人商业利益的干扰而遭受广泛质疑。仅在后台将他人商业标识设置为关键词而未在向消费者可视的前端内容中使用的方式亦称为关键词隐性使用。仅就将他人商标作为关键词的行为为例，隐性使用未发挥商标识别商品来源的功能，不属于商标性使用，故不侵害商标权；同时消费者通常可以将购买者的

内容与商标权人提供的内容加以区分,故该种使用方式一般不会造成混淆。但是,关键词隐性使用行为因激荡着减少经营者交易机会、提高消费者搜索成本与增加消费者交易丰富度等多种受《反不正当竞争法》保护的冲突利益之间的协调与平衡,其正当性存在重大争议。

《反不正当竞争法》修订前,尚不存在对关键词隐性使用行为的法律规定,市场监管总局于2024年5月发布的《网络反不正当竞争暂行规定》第七条第二款中规定:“擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词,足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的,属于前款规定的混淆行为。”但该暂行规定的位阶仅为部门规章,未上升至立法层面。无明文法律可依的背景下,在先案例中普遍适用《反不正当竞争法》第二条对该行为是否违反诚信原则及商业道德加以分析。

《反不正当竞争法》修订后,在第二章“不正当竞争行为”中的第七条第二款已明确将关键词使用行为作为类型化的混淆性不正当竞争行为加以列举,对于关键词隐性使用行为来说,其法律适用将会面临新的问题。即在《反不正当竞争法》通过第七条“列举+兜底式”的立法技术对所有商业标识类混淆行为已经穷尽的情况下,是否还能再适用《反不正当竞争法》第二条再次进行兜底保护。亦即,是否可以依据修订后的第七条第二款直接认定关键词隐性使用行为不构成不正当竞争?对关键词隐性使用行为背后法益的保护是否局限于禁止混淆?

二、观点一:关键词隐性使用行为在修法之后将局限于制止混淆

这一观点认为,《反不正当竞争法》第二章具体条款系第二条一般条款的子集,只有在涉案行为不属于具体条款所涵盖的情形下,才具有适用一般条款的余地。新修订的《反不正当竞争法》第七条第二款虽对关键词使用进行单独规定,但其构成要件与第一款一致,且使用了“属于前款规定的混淆行为”,可以看出该款实际是立法者为回应司法实践争议而单拎出来,仍属于第一款所涵盖的混淆行为范畴。《反不正当竞争法》第七条已经将能够在《反不正当竞争法》下进行评价的所有商业标识类混淆行为使用“列举+兜底”的方式穷尽保护。此时,若再适用《反不正当竞争法》第二条一般条款对关键词隐性使用行为加以兜底,不

仅会导致同一行为的反复评价，更会导致一般条款泛化、法律适用不明确，市场主体无法获得清晰的行为预期，阻碍自由竞争和降低竞争效率。据此，对关键词隐性使用行为的规制应当限于制止混淆。

孔祥俊教授在其文章中指出，“值得特别强调的是，第7条第2款明确地将搜索关键词定位于第7条第1款混淆行为的适用范围，并穷尽了搜索关键词使用各种商业标识的情形……。据此，非混淆性搜索关键词使用他人商业标识不仅不构成不正当竞争，也不宜再纳入第2条一般条款的调整。”¹近日，上海知识产权法院在《反不正当竞争法》修订后（生效前）所做出的司法判决中亦体现了这一法律适用的转变，该院认为“被诉行为系关键词的隐性使用行为，本质上属于对于他人商业标识的使用行为。而反法第六条调整的即是市场混淆行为，旨在规制商业标识使用和其他市场模仿行为，且通过反法第六条第四项兜底条款的规定涵盖了所有市场混淆行为。故被诉行为应适用反法第六条进行评价。一审法院以原告未主张被诉行为违反反法第六条为由，直接援引反法第二条予以评述，系适用法律错误。”²

三、观点二：关键词隐性使用行为在修法之后仍可适用一般条款保护除混淆之外的多重法益

这一观点认为，《反不正当竞争法》第二章的具体条款与第二条一般条款并非互斥关系，符合不正当竞争行为认定条件的行为，即便具体表现形式不在该法第二章第六条至第十二条规定范围，亦可以适用一般条款予以保护。同时基于在先司法实践，左右关键词隐性使用正当性的主要症结并不在于混淆，而在于是否会造成商业标识权利人交易机会减少、增加消费者搜索成本等违反诚信原则和商业道德的后果。虽然关键词隐性使用是否足以达到违反诚实信用和商业道德的程度仍处于巨大的争议之中³，但若将关键词隐性使用所保护的法益仅限于制止混

¹ 参见孔祥俊著：《混淆行为的丰富、扩展和明确——新修订〈反不正当竞争法〉释评之一》，载于《知产前沿》公众号，文章链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/jYlqfGSemMohz1RwzmeoiA>。

² 参见上海知识产权法院（2024）沪73民终913号民事判决书。

³ 存在众多在先案例认为关键词隐性使用尚未达到违反诚实信用原则和公认的商业道德的程度，并肯认该行为有助于提升消费者福祉，例如（2017）苏民申2676号、（2016）苏01民终8584号民事判决书（金夫人

淆而排除第二条一般条款的适用,那么对于日后可能发展出的明显扰乱竞争秩序的关键词隐性行为适用《反不正当竞争法》加以规制的途径就被彻底堵死了。

最高人民法院在“海亮案”⁴中明确认定“随着互联网行业的快速发展,互联网领域的不正当竞争行为层出不穷,反不正当竞争法第六至十二条所列举的具体不正当竞争行为方式已难以涵盖现实中存在的所有不正当竞争行为。……荣怀方将他人商业标识设置为关键词“隐性使用”的竞价排名行为,违反了诚实信用原则和商业道德准则,不仅侵害了海亮方的合法权益,扰乱了正常的互联网竞争秩序,亦对消费者权益及社会公共利益造成了损害,属于反不正当竞争法第二条第二款规定的不正当竞争行为”。张伟君教授在其文章中亦认为“如果因为不构成《反不正当竞争法》第七条规定的混淆行为,就绝对排斥第二条的适用的话,就会使得那些恶意搭便车的行为难以受到《反不正当竞争法》的规制,这对维护市场公平竞争秩序而言是不利的。”⁵

四、结论

商业标识作为具有识别作用的商业资源,不仅指向了提供者,更圈示了特定的消费群体,将商业标识作为搜索关键词的推广手段能够帮助竞争者使自身的产品有效触达目标用户,提高营销转化率,已成为商业活动中的重要阵地,对于关键词使用行为的法律规制涉及自由、公平、效率等多种竞争目标的平衡。新修订《反不正当竞争法》将关键词使用作为类型化混淆行为纳入,却意外引发了具体条款与一般条款适用边界的“新战场”,催生了更加复杂的司法难题,我们期待通过司法实践摸索和学理探讨,这一问题可以在未来加以厘清。

案)认为“相关公众会从综合衡量各方提供商品或服务的价格、质量、功能等因素的基础上选择进行交易的对象”; (2019)沪0104民初13056号民事判决书(卡斯特案)认为“对于相关公众而言,因交易选项增加所获得的信息透明与福祉增益,恰恰是互联网经济巨大优势的体现”; (2018)豫01民初2419号民事判决书(东易案)认为“被告通过设置搜索关键词,使自己同时出现在消费者的消费备选项中,实际上使消费者在作出决定前获得了更充分的市场信息,有利于其作出更加符合自身利益的决定”。

⁴ 参见最高人民法院(2022)最高法民再131号民事判决书。

⁵ 参见张伟君著:《新修订〈反不正当竞争法〉第七条第二款简析——竞价排名关键词隐性使用不构成不正当竞争吗?》,载于《知产前沿》公众号,文章链接: https://mp.weixin.qq.com/s/Cb6_meo9izyYRYNJsroUFg。