

“搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题”

之文献检索报告

夏丹清 22102071

1. 引言

1.1. 选题出发点

本文以“搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制研究”作为选题，出发点主要立足于时代背景、国家政策、法治建设、社会事件等四个方面。首先，在时代背景方面，当前处于互联网飞速发展的时代，信息技术和数字技术的快速革新及广泛适用，推动着传统商业模式和市场经营行为不断发展与重构，互联网领域的商业竞争格局已然从单纯的产品和要素竞争转向以数据资源为核心的跨界和聚合竞争，新兴技术在激活经济动能、颠覆产业竞争格局之际，也为市场经济的健康运行带来诸多挑战和风险。¹算法匹配逻辑的进步推动着商业模式的创新，关键词搜索作为数字经济时代的产物，其本质即是算法。关键词搜索技术的发展也带来了新的问题，一方面我们需要鼓励商业模式的创新与发展，另一方面也需要以合理的方式对新业态新模式加以规制。

其次，在国家政策方面，其一，国务院 2021 年 12 月发布的《“十四五”数字经济发展规划》指出需要“加快健全市场准入制度、公平竞争审查机制，完善数字经济公平竞争监管机制”。其二，党中央、国务院于 2022 年 3 月印发的《关于加快建设全国统一大市场的意见》，提出建设高效规范、公平竞争、充分开放的“全国统一大市场”，要求加快推动修改反垄断法、反不正当竞争法，要对市场主体、消费者反映强烈的重点行业和领域，加强全链条竞争监管执法，以公正监管保障公平竞争；加强对平台经济、共享经济等新业态领域不正当竞争行为的规制，整治网络黑灰产业链条，治理新型网络不正当竞争行为，为反不正当竞争立法和执法工作提出了明确指引。此类体现国家方针政策变化的文件，均体现出我国对于数字经济发展过程中展现出来的新业态模式监管问题的重视，因此，搜索关键词作为网络技术发展的产物，对如何规制搜索关键词混淆行为的研究与国家整体政策方向相一致，也与反不正当竞争法的修改和完善密切相关。

再次，在法治建设方面，其一，2022 年 11 月 22 日，市场监管总局发布的《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》，向社会公开征求意见，该草案在原第 6 条中新增了第 4 项内容“（四）擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，误导相关公众；”，对搜索关键词混淆行为加以规制。《反不正当竞争法》自 1993 年出台以来，已于 2017 年进行了修订（主要是修改了第二条、商业混淆条款、侵犯商业秘密条款等，并新增网络不正当竞争条款）、2019 年进行了

¹ 参见陈兵：《互联网新型不正当竞争行为审理路实证研究》，载《学术论坛》2019 年第 5 期。

修正（主要是进一步修改了侵犯商业秘密相关条款）。但是由于新型不正当竞争行为尤其是新型网络不正当竞争行为层出不穷，以及原有的部分法条仍存在一定局限，2019年修正的《反不正当竞争法》（以下称《反法》）仍无法应对现在实践中的需求，因此便有了此次修订。其二，在反法修订草案中第7条第1款第4项对搜索关键词相关的不正当竞争行为加以规制以前，《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》中第7条第3项“（三）擅自将他人有一定影响的商品名称、企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名）等标识设置为搜索关键词。”就对搜索关键词混淆行为加以限制；《上海市反不正当竞争条例》第8条第3款“经营者不得通过将他人有一定影响的标识与关键字搜索关联等方式，帮助其他经营者实施混淆行为。”和《江苏省反不正当竞争条例（征求意见稿）》第9条第6款“经营者不得通过将他人有一定影响的标识与关键字搜索关联等方式，帮助其他经营者实施混淆行为。”也已经设置关于禁止“关联词搜索关联”的相关规定，引入了“搜索关键词”有关的禁止性混淆行为。此外，早在2015年7月，国家工商总局公布的《互联网广告监督管理暂行办法（征求意见稿）》第15条就将使用他人商标、企业名称作为付费搜索广告的关键字的行为规定为不正当竞争行为；在经过一年的意见征集和评估后，2016年7月公布并于9月实施的《互联网广告监督管理暂行办法》将征求意见稿的这一条规定予以删除，这也表明当时的行政机关对这一问题仍存在争议。²

最后，在社会事件方面，2016年魏则西事件发生后搜索引擎竞价排名问题曾一度引发极高的社会关注度，“搜索关键词”是线上消费或网上冲浪过程中，社会公众获取商品或信息的重要方式；实践中频发将他人商业标识作为搜索关键词以误导相关公众的情形，目的是提高自己商品的搜索及网站链接的点击概率，尽管近年来并未再度发生社会关注度如此之高的类似事件，但以搜索关键词混淆为争议焦点的不正当竞争案件层出不穷，如何对此类行为予以规制仍是值得研究的问题。

1.2. 选题理论价值与实践价值

一方面，本文选题的理论价值主要体现在：首先，本文选题对搜索关键词的概念与分类的厘清，以及对搜索关键词混淆行为所侵害的法益的分析，能够从理论上为对该行为的规制提供依据。本文通过对反不正当竞争法所保护的包括竞争秩序、消费者权益、其他经营者利益等在内的法益的分析，一方面，剖析了搜索关键词混淆行为的法律属性与其所侵害的法益，另一方面，也明确了反不正当竞争法对该行为进行规制的原因与规制行为的正当性的来源。

其次，在现有制度对搜索关键词混淆行为没有明确规定的情形下，本文选题从理论上明晰了对该行为进行规制的路径。在互联网时代，搜索平台是网络用户获取信息以及经营者推送信息的重要途径，搜索关键词的设置对经营者而言至关重要。经营者将竞争对手的企业字号设为搜索关键词的性质如何认定，现行法律无明确规定。将搜索关键词混淆行为纳入反不正当竞争法规制范围之内之后，司法实践中，部分法院认为“设置隐性关键词的目的是向有特定需求的用户精确推送信息，并非是向用户表明其是该关键词所代表的经营者，故该行为不构成对企业

² 参见陶乾：《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》，载《知识产权》2017年第1期。

名称的使用,亦不会导致用户产生混淆或误认。但是,经营者若没有合理理由将他人享有合法利益的特定词设定为隐性关键词进而损害该他人的利益,则该行为违反诚实信用原则和一般商业伦理而构成不正当竞争,应受反不正当竞争法第二条的规制。”另有裁判文书中适用《反不正当竞争法》第6条第2项或第4项作为规制的依据,由于并没有直接规制这一行为的条文,现有的《反不正当竞争法》为搜索关键词混淆行为规制所提供的依据,均通过法律解释来实现,因此从理论上对其构成要件的分析与明确是非常重要的。

此外,本文选题在研究搜索关键词混淆行为的同时,也以这一行为为例,进一步梳理与分析了知识产权法与反不正当竞争法的衔接与适用问题,反不正当竞争行为认定的一般路径等问题,并将这些一般理论应用于搜索关键词混淆行为这一特殊情形。也就是说,本文在体现明确搜索关键词混淆行为规制路径研究的理论价值的基础上,也以此行为的规制为例,对反不正当竞争法相关的一般理论进行了探索。

另一方面,本文选题的实践价值主要体现在法律修订、行政处罚和司法裁判等内容上。其一,法律修订方面,从前文选题出发点部分对现有规范的梳理来看,当前除了《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》中列入了对搜索关键词混淆行为的规制外,《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》、《上海市反不正当竞争条例》、《江苏省反不正当竞争条例(征求意见稿)》等反不正当竞争领域的规范中也出现了与搜索关键词相关的内容,本文对于搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题的研究,既有利于理清以反不正当竞争法对搜索关键词混淆行为进行规制的必要性,也有助于明确反不正当竞争法将该行为的规制列入其中后条文的适用问题。同时,这里的条文适用问题又包括行政处罚与司法裁判两个部分的内容。

其二,行政处罚方面,《反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》第28条规定“经营者违反本法第七条规定实施混淆行为的,由监督检查部门责令停止违法行为,没收违法所得以及违法商品和生产工具。违法经营额五万元以上的,可以并处违法经营额五倍以下的罚款;没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的,可以并处二十五万元以下的罚款;情节严重的,吊销营业执照。知道或者应当知道他人实施混淆行为,仍销售混淆商品,或者故意为实施混淆行为提供便利条件的,帮助他人实施混淆行为的,适用前款规定处理。销售不知道是混淆商品,能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的,由监督检查部门责令停止销售。”这一条文与当前《反不正当竞争法》第18条相类似,也就是说,经营者实施搜索关键词混淆行为,可能会受到相应的行政处罚,因此本文对搜索关键词混淆行为是否为不正当竞争行为的认定标准的明确,实质上也有利于法律的实施,有助于监督检查部门明晰混淆行为的判断。

其三,司法裁判方面,本文选题实践价值的体现与行政处罚方面相似,从现有裁判文书来看,因商业标识混淆行为而引发的不正当竞争纠纷层出不穷,因此对认定标准的明确也有助于实现司法裁判中判断标准的统一,有利于维护司法权威。总体而言,本文希望通过对搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题的分析研究,探寻判断搜索关键词混淆行为是否构成不正当竞争的统一裁量标准,既有助于理清反法修订完成后新条文的定位问题,也有利于行政机关、司法机关对新条文的理解与适用,实现审判效果、法律效果、社会效果的有机统一。

1.3. 检索关键词

搜索引擎 search engine

搜索链接 search link

搜索关键词 search keyword

推广关键词 promotion keyword

混淆行为 confusion behavior

关键词广告 keyword advertising

商标 trademark

不正当竞争 unfair competition

1.4. 检索平台

北大法宝、威科先行、中国知网、月旦知识库、Westlaw、LexisNexis、JSTOR

2. 中文检索报告

2.1. 国内法检索

2.1.1. 法律法规

(1) 商标侵权相关

法律法规名称	相关法条
《中华人民共和国商标法》	第四十八条 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。
	第五十七条 有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权： （一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的； （二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的； （三）销售侵犯注册商标专用权的商品的； （四）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的； （五）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的； （六）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮

	<p>助他人实施侵犯商标专用权行为的；</p> <p>（七）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。</p> <p>第五十八条 将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。</p> <p>第六十三条 侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。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。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。</p> <p>人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。</p> <p>权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。</p> <p>人民法院审理商标纠纷案件，应权利人请求，对属于假冒注册商标的商品，除特殊情况外，责令销毁；对主要用于制造假冒注册商标的商品的材料、工具，责令销毁，且不予补偿；或者在特殊情况下，责令禁止前述材料、工具进入商业渠道，且不予补偿。</p> <p>假冒注册商标的商品不得在仅去除假冒注册商标后进入商业渠道。</p>
<p>《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》</p>	<p>第一条 下列行为属于商标法第五十七条第（七）项规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为：</p> <p>（一）将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的；</p> <p>（二）复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；</p> <p>（三）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。</p>

	<p>第九条 商标法第五十七条第（一）（二）项规定的商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。</p> <p>商标法第五十七条第（二）项规定的商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。</p> <p>第十条 人民法院依据商标法第五十七条第（一）（二）项的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：</p> <p>（一）以相关公众的一般注意力为标准；</p> <p>（二）既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；</p> <p>（三）判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的显著性和知名度。</p> <p>第十六条 权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标使用许可费均难以确定的，人民法院可以根据当事人的请求或者依职权适用商标法第六十三条第三款的规定确定赔偿数额。</p> <p>人民法院在适用商标法第六十三条第三款规定确定赔偿数额时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果，侵权人的主观过错程度，商标的声誉及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。</p> <p>当事人按照本条第一款的规定就赔偿数额达成协议的，应当准许。</p> <p>第十七条 商标法第六十三条第一款规定的制止侵权行为所支付的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用。</p> <p>人民法院根据当事人的诉讼请求和案件具体情况，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。</p>
--	--

(2) 不正当竞争相关

法律法规名称	相关法条
《中华人民共和国反不正当竞争法》	<p>第二条 经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。</p> <p>本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营</p>

	<p>者或者消费者的合法权益的行为。</p> <p>本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。</p>
	<p>第六条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；</p> <p>（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；</p> <p>（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；</p> <p>（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p>
	<p>第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。</p> <p>经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。</p> <p>因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，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。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。</p> <p>经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人五百万元以下的赔偿。</p>
	<p>第十八条 经营者违反本法第六条规定实施混淆行为的，由监督检查部门责令停止违法行为，没收违法商品。违法经营额五万元以上的，可以并处违法经营额五倍以下的罚款；没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，可以并处二十五万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照。</p> <p>经营者登记的企业名称违反本法第六条规定的，应当及时办理名称变更登记；名称变更前，由原企业登记机关以统一社会信用代码代替其名称。</p>
《中华人民共和国	第二条 经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、

<p>国反不正当竞争法（征求意见稿）》</p>	<p>公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德，不得实施或者帮助他人实施不正当竞争行为。</p> <p>本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者、消费者的合法权益或者社会公共利益的行为。</p> <p>本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。</p>
	<p>第七条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识或者包装、装潢；</p> <p>（二）擅自使用与他人有一定影响的市场主体名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）等相同或者近似的标识；</p> <p>（三）擅自使用与他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、页面设计、自媒体名称、应用软件名称或者图标等相同或者近似的标识或者页面；</p> <p>（四）擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，误导相关公众；</p> <p>（五）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p> <p>经营者不得销售构成本条第一款规定的混淆商品，不得为实施混淆行为提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所等便利条件。</p>
	<p>第九条 经营者不得对商品或者商品经营者的性能、功能、质量、类别、来源、销售状况、用户评价、曾获荣誉、交易信息、经营数据、资格资质等相关信息作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导相关公众。</p> <p>前款所称商业宣传主要包括通过经营场所、展览活动、网站、自媒体、电话、宣传单等方式对商品进行展示、演示、说明、解释、推介或者文字标注等不构成广告的商业宣传活动。</p> <p>经营者不得通过组织虚假交易、虚构评价等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传，不得为虚假宣传提供策划、制作、发布等服务。</p>
	<p>第十二条 经营者不得编造、传播或者指使他人编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手或者其他经营者</p>

	<p>的商业信誉、商品声誉。</p>
<p>《禁止网络不正当竞争行为规定(公开征求意见稿)》</p>	<p>第七条 经营者在生产、销售活动中，不得利用网络实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等相同或近似的标识；</p> <p>（二）擅自使用与他人有一定影响的应用软件、网店、自媒体、游戏界面等的页面设计、名称、图标、形状等相同或近似的标识；</p> <p>（三）擅自将他人有一定影响的商品名称、企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名）等标识设置为搜索关键词。</p> <p>（四）其他利用网络实施的足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p> <p>提供网络服务的经营者不得帮助其他经营者实施前款规定的混淆行为。</p>
<p>《上海市反不正当竞争条例》</p>	<p>第八条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；</p> <p>（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；</p> <p>（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；</p> <p>（四）擅自使用与他人有一定影响的商品独特形状、节目栏目名称、企业标志、网店名称、自媒体名称或者标志、应用软件名称或者图标等相同或者近似的标识；</p> <p>（五）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p> <p>前款所称有一定影响的标识，是指一定范围内为公众所知晓，能够识别商品或者其来源的显著性标识。前款所称使用行为，包括生产、销售他人有一定影响的标识的行为。经营者在先使用他人有一定影响的标识，可以在原使用范围内继续使用。</p> <p>经营者不得通过将他人有一定影响的标识与关键字搜索关联等方式，帮助其他经营者实施混淆行为。</p>

<p>《江苏省反不正当竞争条例（征求意见稿）》</p>	<p>第九条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：</p> <p>（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、节目栏目名称（或者图标、标志等）、包装、装潢、商品独特形状等相同或者近似的标识；</p> <p>（二）擅自使用他人有一定影响的企业、个体工商户、农民专业合作社（联合社）以及法律、行政法规规定的其他市场主体的名称（包括简称、字号、标志等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；</p> <p>（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称（或者图标、标志等）、网页、网络店铺名称（或者图标、标志等）、自媒体名称（或者图标、标志等）、应用软件名称（或者图标、标志等）、网络帐号名称（或者图标、标志等）等网络标识；</p> <p>（四）擅自使用他人有一定影响的真实人物、虚构人物和拟人化角色的姓名、肖像、声音、群体称谓等形象标识；</p> <p>（五）擅自使用他人有一定影响的广告语、作品标题、整体营业形象、道具外观等；</p> <p>（六）将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众；</p> <p>（七）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。</p> <p>前款所称有一定影响，是指具有一定的市场知名度并具有区别商品来源的显著特征。认定是否具有一定的市场知名度，应当综合考虑中国境内相关公众的知悉程度，商品销售的时间、区域、数额和对象，宣传的持续时间、程度和地域范围，标识受保护的情况等因素。</p> <p>本条所称使用行为，包括生产、销售他人有一定影响的标识的商品的行为。将他人有一定影响的标识用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为，视为使用行为。</p> <p>本条所称引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系，包括误认为与他人具有商业联合、许可使用、商业冠名、广告代言等特定联系。在相同商品上使用相同或者视觉上基本无差别的商品名称、包装、装潢等标识，视为足以造成与他人有一定影响的标识相混淆。</p> <p>经营者在先使用他人有一定影响的标识，可以在原使用范</p>
-----------------------------	---

	<p>围内继续使用。</p> <p>经营者不得通过将他人有一定影响的标识与关键字搜索关联等方式，帮助其他经营者实施混淆行为。</p>
--	---

(3) 其他相关内容：网络服务提供者责任

法律法规名称	相关法条
《中华人民共和国民法典》	<p>第一千一百九十七条 网络服务提供者知道或者应当知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。</p>
《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（2020修正）》	<p>第六条 人民法院依据民法典第一千一百九十七条认定网络服务提供者是否“知道或者应当知道”，应当综合考虑下列因素：</p> <p>（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；</p> <p>（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；</p> <p>（三）该网络信息侵害人身权益的类型及明显程度；</p> <p>（四）该网络信息的社会影响程度或者一定时间内的浏览量；</p> <p>（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；</p> <p>（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；</p> <p>（七）与本案相关的其他因素。</p>

2.1.2. 相关案例

与搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题相关的案例既包括行政处罚案例，也包括诉诸法院的案例。

从行政处罚案例来看，市场监管部门对搜索关键词混淆行为进行处罚的依据主要是《反不正当竞争法》第6条和第18条。例如，京海市监处罚〔2022〕3651号，北京市海淀区市场监督管理局接到举报，称当事人在手机百度搜索平台上举报者企业名称为关键词进行搜索时，搜索结果靠前显示的是以突出红色字体“举报者企业名称”为标题内容的百度搜索广告链接，关联的却是“当事人企业名称”以百度搜索推广广告形式投放的商业广告，打开链接后显示的是当事人的名称、介绍、业务介绍及服务流程、线上咨询窗口、咨询电话。当事人违反《反不正当竞争法》第十八条第一款，市场监督管理局责令当事人改正上述违法行为，并处以罚款30000元。

从相关裁判文书来看，司法实践中对搜索关键词混淆行为的认定存在不同的观点。

(1) 关键词显性使用混淆行为构成商标侵权或不正当竞争

关键词显性使用行为是指搜索相关关键词后，搜索结果显示的广告中包含了关键词。根据关键词性质的不同导致侵害的法益不同。将他人非注册商标类的企业标识设置为关键词，不同的情形可能受《反不正当竞争法》第6条、第8条规制。将他人注册商标设置为搜索结果的显性关键词是构成侵权的，该结论目前争议较少，但在具体构成侵害注册商标专用权还是不正当竞争层面仍有一定争议。

● (2017) 粤 0305 民初 1059 号

本案中被告将原告注册商标“微粒贷”设置为其“360 搜索”的推广关键词，并在搜索结果的链接中使用了与原告商标“微粒贷”相同的标识。法院认为，被告上述行为系将“微粒贷”用于广告宣传的商业活动，用于识别商品来源的行为，属于对“微粒贷”的商标性使用。被告经营管理的网站提供的服务与“微粒贷”商标核定使用的商品/服务项目属于同一种类的服务，而被告与“微粒贷”并不具有事实和法律上的联系。上述行为事实上导致了二被告将其公司及产品信息强制性地推送给了意在搜索原告网站或产品的用户，使相关公众产生混淆和误认，这种行为违反了诚实信用原则，并有悖于公认的商业道德，侵犯了原告商标专用权。

(2) 关键词隐性使用混淆行为不构成不正当竞争

关键词隐性使用行为是指将商标、企业名称、商品名称等商业标识等作为系统运行后台的搜索关键词，使得网络用户在前端使用该关键词进行搜索时，使用主体的链接或应用能够出现在前台搜索结果展示页面。

● (2014) 海民初字第 4327 号，(2014) 一中民（知）终字 08599 号

首先，《反不正当竞争法》第二条第一款规定，经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德。其次，《反不正当竞争法》第九条第一款规定，经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。本院认为，两个提示链接系直接下载软件的深度链接，本质上亦属于推广链接的形式，且链接的描述清晰、客观；而“安全产品”系对杀毒产品性能的描述，奇虎公司亦未提交相关证据证明该标识具有特定认证标志的含义，故二被告的此行为亦不足以引起相关公众的误解，不构成虚假宣传。

● (2016) 苏 01 民终 8584 号，(2017) 苏民申 2676 号

反不正当竞争法及最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》，并未将使用他人商标或企业名称作为关键词进行搜索的行为规定为不正当竞争行为故分析本案米兰公司的行为是否构成不正当竞争，只能根据反不正当竞争法第二条的一般规定进行分析，金夫人公司亦主张应适用该条的规定，但适用该一般条款应严格把握适用条件。总体而言，适用反不正当竞争法第二条第一款和第二款认定构成不正当竞争应当同时具备以下条件：一是法律对该种竞争行为未作出特别规定，二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为受到

实质性损害，三是该竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德米兰公司将金夫人公德而具有不正当性或可责性。本案中，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。米兰公司仅在系统后台设置关键词，金夫人公司官网链接仍排搜索结果第一位、米兰公司链接只排在第三位，米兰公司链接描述内容及点击打开后的网站中并无“金夫人”商标等相关内容，米兰公司的行为并未使相关公众产生混淆误认，也未误导消费者，金夫人公司官网并未使用本案涉案商标，二审法院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，并无不当。其次，金夫人公司一、二审诉讼中并未以米兰公司、百度公司侵犯其企业名称或字号作为支持其诉请的事实与理由，仅提出米兰公司、百度公司侵犯其商标专用权，现提出关键词“金夫人”同时也是该公司名称中的关键词，但依上述分析，该理由后样不能成立，故二审判决适用法律并无不当。

● （2020）沪 0115 民初 3814 号，（2021）沪 73 民终 772 号

在搜索引擎后台将他人商业标识设置为关键词的行为未破坏该商业标识的识别性，不会导致相关公众的混淆，故不属于反不正当竞争法规定的商业混淆等类型化不正当竞争行为。该种使用方式未对经营者利益、消费者利益和公共利益造成实质性损害，未违反诚实信用原则和商业道德，亦不应适用反不正当竞争法原则性条款予以规制。即认为隐性使用行为不构成不正当竞争，具体分析如下：

一、《反不正当竞争法》未对被告同创蓝天公司的行为作出特别规定

二、《反不正当竞争法》所保护的法益未因被诉行为受到实际损害

1. 被告同创蓝天公司的行为未损害原告的合法权益
2. 被告同创蓝天公司的行为未剥夺消费者信息选择的权益
3. 被告同创蓝天公司的行为未扰乱正常的市场秩序

三、该竞争行为未违反诚实信用原则和公认的商业道德

（3）关键词隐性使用混淆行为构成不正当竞争

● （2016）津民终 112 号

一、东方京宁公司与高德公司之间是否存在竞争关系

二、高德公司的行为是否构成对东方京宁公司的不正当竞争

（一）关于高德公司将“北京东方京宁”作为其参与百度推广服务搜索关键词的行为是否构成不正当竞争的问题

高德公司将东方京宁公司具有一定知名度的字号作为搜索关键词使用，其“搭便车”及攀附东方京宁公司企业知名度的主观意图明显。客观上，该行为足以造成相关用户对出现的搜索结果产生误认，使欲通过百度搜索引擎搜寻东方京宁公司网站的相关公众误入高德公司网站，误认为高德公司与东方京宁公司或其产品之

间存在某种关联。

(二) 关于高德公司将“lpm 填充体”作为其参与百度推广服务搜索关键词的行为是否构成不正当竞争的问题

首先, 经过多年持续使用, 东方京宁公司及其产品在行业内已享有较高知名度及美誉度。其次, 东方京宁公司与高德公司之间具备反不正当竞争法所调整的竞争关系。再次, 高德公司在对享有一定市场知名度的东方京宁公司及其相关产品已经知晓的情况下, 未经东方京宁公司同意, 通过通过百度网站的推广服务, 同时将“北京东方京宁”及“lpm 填充体”字样作为关键词供网络用户搜索, 其中以“lpm 填充体”为关键词获得的搜索结果中第一页第四项即为高德公司的网站链接, 该链接标题及所链接网页中亦包含“lpm”标识及与东方京宁公司相竞争的同类产品介绍, 表明高德公司主观上具有利用东方京宁公司及其相关产品良好信誉吸引相关网络用户的注意力, 进而增加其网站点击率的意图。

● (2019)京73民终2991号

在北京踏行天际公司诉乐动天下公司不正当竞争纠纷案中, 被告在推广其与原告同品类的产品时, 百度搜索推广关键词使用了原告注册商标“踏行天下”, 搜索结果位于首页第二位, 第一和三位为原告产品相关网页, 被告的搜索结果及落地页中均无原告商标。判断涉案行为是否构成不正当竞争, 关键在于判断乐动天下公司是否以不正当的手段夺取了踏行天际公司的商业机会, 而判断正当性的决定性因素在于经营者用以争夺商业机会的手段是否符合公认的商业道德。乐动天下公司将“踏行天际”设置为关键词的行为导致相关公众在百度搜索中输入“踏行天际”却出现了乐动天下公司的网站, 从而容易导致原属于踏行天下公司的客户流向乐动天下公司, 该行为难谓符合公认的商业道德, 一审判决相关认定正确, 本院予以维持。

● (2020)浙8601民初1841号

构成擅自使用他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识的不正当竞争行为。法院认为, 杭州某电子商务公司作为同业竞争者, 本应维护良好、有序的行业经营秩序, 在商业活动中选择商业标识及名称时负有对同行业在先权利予以避让的义务。但杭州某电子商务公司其在微信小程序的图标选择及命名过程中, 却有意选择与杭州某网络科技公司相同的图标和近似的名称, 其主观上明显存在搭便车、模仿的故意。客观上也不当攫取了本应属于杭州某网络科技公司某 App 现有知名度所应享有的市场关注和商业机会, 其行为违反了经营者在市场竞争过程中应遵循的诚实信用原则。

● (2022)津民终15号

本案中被告在利用“360 搜索”竞价排名过程中将原告企业名称“天津美津会议服务有限公司”作为关键词, 并将该关键词与其网站“酒店哥哥”设置链接, 直接导致社会公众在搜索原告企业名称时, 在搜索结果的显著位置出现“天津美津会议服务有限公司酒店哥哥网免费在线预订”等字样, 点击上述文字立即跳转至被告旗下网站。法院认为, 原、被告具有竞争关系, 原告企业名称具有一定影响力, 被告设置关键词的行为一方面使得社会公众产生被告“酒店哥哥”网站即为原告网站的混淆误认, 另一方面也使得原告减少甚至失去了被社会公众搜

索到的机会，必然使原告失去被客户有限了解并进一步建立交易的机会，因此被告实施了不正当竞争行为。

总的来说，以搜索关键词的使用方式为划分标准，可以将搜索关键词混淆行为区分为显性使用的搜索关键词与隐性使用的搜索关键词，司法实践中对这两类使用方式的定性存在差异。实际上，对于关键词显性使用混淆行为，法院通常会将之认定为商标侵权，商标侵权的构成要件通常包括是否属于商标性使用、是否属于相同或类似商品、是否构成相同或近似商标及混淆的可能等；也存在部分案例中，法院以“搭便车”增加交易机会、虚假宣传等为由认为该行为构成不正当竞争。然而，对于关键词隐性使用混淆行为，各种观点均存在，对于是否构成商标侵权认定的关键在于关键在该行为是否产生了以涉案商标标识搜索结果中商品或服务来源的作用，认为隐性使用构成不正当竞争的理由则包括掠夺商业机会、搭便车等，也有案例中以未产生实际损害为由认为该行为不构成不正当竞争。

尽管以往的司法实践中，法院对搜索关键词混淆行为的认定存在争议，但在2023年4月最高人民法院发布的“2022年中国法院十大知识产权案件和50件典型知识产权案例”中，最高人民法院首次就搜索关键词隐性使用行为的认定进行了明确。其一，关于关键词隐性使用是否商标侵权问题，由于关键词并未在搜索结果中向网络用户展示，因此该关键词未发挥识别商品或服务来源的功能和作用，也不易导致混淆、误认的后果，司法实践中一般认定该行为不构成商标侵权。其二，关于关键词隐性使用是否属于不正当竞争问题，行为人将他人尤其是竞争对手的企业名称或字号设置为关键词，不仅缺乏正当理由，而且具有利用他人商誉、不正当获取竞争利益的主观故意；隐性使用行为使侵权主体的推广链接出现在搜索结果的较前位置，极有可能诱导相关公众去点击该网站，从而使相关权利人失去潜在的商业交易机会，利益受到了损害，故应当认定构成不正当竞争。其三，关于混淆误认、信息干扰和搜索引擎的基本功能问题，从现有法律规定来看，不正当竞争行为并不以导致混淆、误认为构成要件，对于扰乱市场秩序，有悖诚实信用原则、商业道德准则的行为，即使未导致消费者混淆、误认，同样也构成不正当竞争；将他人商标或企业名称设置为关键词隐性使用的行为，对网络用户造成了信息干扰，增加了搜索成本，同时亦妨碍了搜索引擎基本功能的正常发挥等。

2.1.3. 学术观点

关于对搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题，现有相关文献主要集中于以下三部分内容。首先，是搜索关键词的分类与概念研究。对于搜索关键词的分类问题，当前的主要观点是以搜索关键词的使用方式为划分标准，将之区分为显性使用的搜索关键词与隐性使用的搜索关键词，前者又称为前台型关键词，后者又称为后台型关键词。尽管在分类上观点较为一致，但现有文献中对于不同类型下搜索关键词的定义存在两类表述方式，有学者指出后台型竞价排名指在推广链接内容及网站中均没有显示商标，而前台型竞价排名则在推广链接条目中会显示他人商标；³也有学者认为，对于仅将他人商标设置为搜索关键词但在推广内容中未包含关键词的行为，称作将他人商标作为关键词的隐性使用行为，反之

³ 参见张韬略，张倩瑶：《后台型竞价排名的商标侵权及不正当竞争认定》，载《同济大学学报(社会科学版)》2017年第6期。

将会显示在广告内容中的情形称为将他人商标作为关键词的显性使用行为。⁴本文认为，“关键词”的表述方式更契合其商业交易模式的特点，因而更认同后一种定义方式。此外，具体而言，搜索关键词显性使用可以包括以下几种情形：某商标因具有描述性的含义而被用来说明或描述自己有关商品或服务的内容、性质和特征；为指示用途等在必要范围内使用他人商标进行关键词推广；他人的在先善意使用；商标被用来将自己的商品或服务与商标权人的商品或服务进行不会造成消费者混淆的比较；提供商品或服务信息的信息内容类网站使用某商品或服务的商标等。⁵

其次，是搜索关键词混淆行为的商标侵权认定与不正当竞争认定研究。司法实践中，法院对于搜索关键词的显性使用和隐性使用混淆行为存在不同的观点。针对搜索关键词显性使用行为，司法实务界和学术界已形成共识，较多学者倾向认为构成商标侵权，即首先该行为构成商标法意义的使用，然后根据个案来判断该使用行为是否造成实施这一搜索行为的特定网络用户消费者对信息中所涉及的商品或服务来源产生混淆，或者信息中对于他人驰名商标的使用或设计方式是否给驰名商标造成淡化，是否存在对他人商标的合理使用情形。其中，对于商标侵权认定中“商标性使用”的理解存在不同的观点，例如有学者认为目前学术界及司法界对于“商标性使用”的含义仍有争论，故法院判断商标侵权时不应将“商标性使用”作为前提要件。⁶另有学者认为，“商标性使用”应体现其识别功能，并且判定是否构成商标侵权时应以成立“商标性使用”为前提，其与“混淆可能性”是判定商标侵权的两个独立要件，并有着先后判断顺序，若不符合其中一个要件则不构成商标侵权。⁷

与显性使用行为不同，针对搜索关键词隐性使用行为，不论是学术理论还是司法实践中，均呈现出较大的分歧，主要存在以下四种观点。观点一认为，该行为不构成商标侵权或不正当竞争支持该观点的主要理由包括出于考虑保护消费者获得额外信息的利益、促进竞争，并从经济学的角度分析，认为隐性使用他人商标的行为存在正当性，不应轻易扼杀新兴的竞争方式，⁸仅将商标设置为搜索关键词的行为并未发挥商标的识别作用等。⁹观点二认为，该行为构成商标侵权。具体到商标性使用的判断，与前文搜索关键词显性使用中的研究类似，有学者认为关键词广告中对商标的内部使用不属于“商标性使用”，因其不具有可识别性，而商标侵权仍需要以传统混淆标准判定。¹⁰观点三认为，该行为构成不正当竞争。

⁴ 参见陶乾：《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》，载《知识产权》2017年第1期。

⁵ 参见陶乾：《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》，载《知识产权》2017年第1期。

⁶ 参见杜颖：《搜索引擎服务提供商关键词广告商标侵权责任之认定》，载《法学》2015年第6期。

⁷ 参见祝建军：《判定商标侵权应以成立“商标性使用”为前提——苹果公司商标案引发的思考》，载《知识产权》2014年第1期。

⁸ 参见陶乾：《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》，载《知识产权》2017年第1期。

⁹ 参见凌宗亮：《仅将他人商标用作搜索关键词行为的性质分析》，载《中华商标》2015年第9期。

¹⁰ 参见姚志伟，慎凯：《关键词推广中的商标侵权问题研究——以关键词推广服务提供者的义务为中心》，载《知识产权》2015年第11期。

有学者认为,此类隐性使用行为若未导致混淆或误导则具有合法性,但若出现了混淆或误导则应属于不正当竞争行为,可通过反不正当竞争法第九条的虚假宣传规定进行规制。¹¹另有学者认为,认定该类行为构成不正当竞争,应满足三个条件,第一是行为人使用了具有竞争关系的经营者的商标或相似的标识,并且其商标具有一定声誉,第二是行为人通过该行为获得了竞争利益而未付出任何代价,第三是该行为对商标权人或消费者的正当利益造成了损害。¹²我国司法实践中对搜索关键词隐性使用行为是否构成不正当竞争的判断,则主要适用的是诚实信用原则与商业道德原则条款;但学者“不应以空泛的道德评价作为不正当竞争认定的标准”¹³的观点又对这一实践做法提出了质疑。另有观点认为,隐性使用商标的行为需要结合个案讨论,虽有观点提出初始兴趣混淆也属于商标侵权,但只有导致混淆才可能构成商标侵权,但即使未构成商标侵权也可能构成不正当竞争。

最后,是与搜索关键词混淆行为规制问题相关的一般化的反不正当竞争法理论研究,这类反不正当竞争法领域的一般理论在搜索关键词混淆行为的规制问题上仍然适用。这部分内容又包括反不正当竞争法与知识产权法衔接问题研究,反不正当竞争法规制逻辑研究等内容。其一,关于反不正当竞争法与知识产权法的关系问题。一方面,反不正当竞争法的规制特点弥补了知识产权专门法的固有局限,¹⁴另一方面,反不正当竞争法的适用应当保持谦抑性¹⁵,这就意味着需要进一步明确判断是否构成不正当竞争行为的依据或标准。其二,关于不正当竞争的判断标准问题。较多学者对这一问题进行了研究,“竞争利益—竞争行为—竞争损害—竞争评估”的范式¹⁶、“竞争观、损害观和法益观+利益衡量”的基本范式¹⁷等均有可能成为以反不正当竞争法规制搜索关键词混淆行为的可行路径。

从文献检索结果来看,既有研究成果涵盖了搜索关键词的分类、概念,对搜索关键词混淆行为的商标侵权或不正当竞争认定等内容,但是相关文献数量较少,相对不够全面,并且大部分文献产生于对搜索关键词混淆行为进行规制的相关规范实施之前,近几年对搜索关键词混淆行为规制问题进行研究的文献相对较少。然而搜索关键词的相关算法仍处于不断发展的过程中,也就是说,既往对于该问题的研究成果可能无法适应当下技术的新发展,应当结合当前搜索关键词的算法逻辑与知识产权法、反不正当竞争法的最新一般理论对其规制问题展开进一步研究。

¹¹ 参见张韬略,张倩瑶:《后台型竞价排名的商标侵权及不正当竞争认定》,载《同济大学学报(社会科学版)》2017年第6期。

¹² 参见周樾平:《商业标识保护中“搭便车”理论的运用——从关键词不正当竞争案件切入》,载《法学》2017年第5期。

¹³ 参见张占江:《反不正当竞争法属性的新定位——一个结构性的视角》,载《中外法学》2020年第1期。

¹⁴ 参见卢纯昕:《反不正当竞争法在知识产权保护中适用边界的确定》,载《法学》2019年第9期。

¹⁵ 参见张占江:《论反不正当竞争法的谦抑性》,载《法学》2019年第3期。

¹⁶ 参见黄武双,谭宇航:《不正当竞争判断标准研究》,载《知识产权》2020年第10期。

¹⁷ 参见孔祥俊:《论反不正当竞争的基本范式》,载《法学家》2018年第1期。

2. 2. 台湾地区法律检索

2. 2. 1. 法律法规

法律法规名称	相关法条
《商标法》	<p>第 35 條 商標權人於經註冊指定之商品或服務，取得商標權。</p> <p>除本法第三十六條另有規定外，下列情形，應經商標權人之同意：</p> <ul style="list-style-type: none">一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。 <p>商標經註冊者，得標明註冊商標或國際通用註冊符號。</p> <p>第 68 條 未得商標權人同意，有下列情形之一，為侵害商標權：</p> <ul style="list-style-type: none">一、於同一商品或服務，使用相同於註冊商標之商標者。二、於類似之商品或服務，使用相同於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。三、於同一或類似之商品或服務，使用近似於註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者。 <p>為供自己或他人用於與註冊商標同一或類似之商品或服務，未得商標權人同意，為行銷目的而製造、販賣、持有、陳列、輸出或輸入附有相同或近似於註冊商標之標籤、吊牌、包裝容器或與服務有關之物品者，亦為侵害商標權。</p>
《公平交易法》	<p>第 22 條 （仿冒行為之制止）</p> <p>事業就其營業所提供之商品或服務，不得有下列行為：</p> <ul style="list-style-type: none">一、以著名之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，於同一或類似之商品，為相同或近似之使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品者。二、以著名之他人姓名、商號或公司名稱、標章或其他表示他人營業、服務之表徵，於同一或類似之服務為相同或近似之使用，致與他人營業或服務之設施或活動混淆者。 <p>前項姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品或服務之表徵，依法註冊取得商標權者，不適用之。</p>

	<p>第一項規定，於下列各款行為不適用之：</p> <p>一、以普通使用方法，使用商品或服務習慣上所通用之名稱，或交易上同類商品或服務之其他表徵，或販賣、運送、輸出或輸入使用該名稱或表徵之商品或服務者。</p> <p>二、善意使用自己姓名之行為，或販賣、運送、輸出或輸入使用該姓名之商品或服務者。</p> <p>三、對於第一項第一款或第二款所列之表徵，在未著名前，善意為相同或近似使用，或其表徵之使用係自該善意使用人連同其營業一併繼受而使用，或販賣、運送、輸出或輸入使用該表徵之商品或服務者。</p> <p>事業因他事業為前項第二款或第三款之行為，致其商品或服務來源有混淆誤認之虞者，得請求他事業附加適當之區別標示。但對僅為運送商品者，不適用之。</p>
	<p>第 24 條（競爭手段之限制）事業不得為競爭之目的，而陳述或散布足以損害他人營業信譽之不實情事。</p>
	<p>第 25 條（不法行為之禁止）除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。</p>

2.2.2. 相关案例

从台湾地区案例来看，法院更倾向于将搜索关键词混淆行为认定为不正当竞争行为而非商标侵权行为。例如，中国台湾“智慧財產法院”102年民商上字第8號民事判決“幸福空间”案中，法院认为，1、这种行为由于不是被告外在使用于服务之上，不满足“系基于行销商品或服务之目的而使用”；2、广告主在其页面使用“幸福空间”是描述性使用；3、点击进入网页后，广告主或者没有使用该商标，或者只是描述性使用，不会导致消费者的混淆误认。虽搜寻栏位所键入之关键字与系争广告置于同一页面，然该关键字系由网路使用者所键入，并非被上诉人或广告主所输入，被上诉以搜寻结果页面提供广告空间予广告主放置广告之行为，既未积极标示任何商标，且被上诉人并未从事室内设计或装潢等业务亦为上诉人所不争执，被上诉人并无以系争标表彰行销其商品或服务之行为，且各广告主之广告网址文案亦无标示系争商标文字用以表彰行销各广告主之商品或服务之标识，网路使用者键入「幸福空间」关键字搜寻后，见搜寻页面之广告栏位出现广告，亦无从认识该广告有何标示系争商标之意，而被上诉人将「幸福空间」文字于内部程式作指令连结系属内部无形之使用，并非为外在有形之使用，均不足以使相关消费者认识其为商标。

2.2.3. 学术观点

(1) 构成商标侵权需要满足一定的构成要件

- 王石杰:《商标使用原则的探讨——以网络关键字广告为例》，载《法学新论》第8期。

作者指出，商标使用的定义在关键字广告的商标争议案中再次被重申是指

“使用他人标记作为指示商品（或服务）之来源或出处”。因此学者认为，网络搜索引擎服务业者出售关键字广告只是提供给竞争者一个更有效的工具进行竞争，就如同早期出售网域名称，或是在竞争者商店附近开设商店，在竞争者广告附近或设置广告一样，都是被认可是合法并且适当的竞争方式。

（2）应当结合案情具体问题具体分析

- 刘孔中：《关键词广告之商标法与竞争法争议——以 Google 为例》，载《月旦法学杂志》2014 年第 12 期。

作者指出，以往台湾地区因为关键词广告产生的法律纠纷都是偏向公平法（即大陆地区的反不正当竞争法）的争议，但在近年来的案件中发生了一些新的变化。作者认为，关键词广告法律纠纷应当使用商标法还是竞争法问题探讨的困难之处在于，具体适用系争商标或搜索引擎呈现搜寻结果的方式不断改变，我们无法将时空和消费者的认知冻结，所以法院裁判应当具体问题具体分析。

2.3. 检索心得

在对“搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题”进行检索的过程中，首先需要对检索关键词进行概括，在“北大法宝”平台检索出相关法条，进而采用关键词检索法与法条关联法相结合的方式查找相关案例，在“北大法宝”平台难以找到所需材料时，可以同时以“威科先行”平台的检索结果作为补充。在检索过程中，可以发现非常重要的一点是，应当来回往返于法条、案例、论文等各类资料之间，以实现相互补充、相互印证、相互完善。一般来说，实务层面的法律问题是具体的，而需要检索的法律法规是抽象的。从具象的事实问题中提取抽象法律关系，然后再适用相应的法律法规；关注问题应从检索目的出发，关注整体，体系解释的方法理解检索目的。在学理层面，对法律适用的争论点进行探究，能够更好的理解立法目的、掌握理论和实务。而在实务层面，通过阅读学理文章，对检索关键词进行重新概括提炼，并在检索关键词中关联法条，从检索目的出发，整体与局部、宏观与微观相结合，又能进一步完善检索结果。

此外，在检索台湾地区相关法律规定的时候，要特别注意检索关键词的修正与调整，例如大陆地区《反不正当竞争法》的内容其实是规定在台湾地区《公平交易法》及相关法律法规之中的，若仍以“不正当竞争”等作为关键词进行检索，则无法获得预期的检索结果。

3. 比较法检索报告

3.1. 美国法检索

3.1.1. 制定法（Statutes and Legislation，一次资源文献）

未检索到直接对关键词混淆行为进行规制的法条

3.1.2. 判例法（Cases，一次资源文献）

（1）构成商标侵权

- Government Employees Ins. Co. v. Google, Inc., 330 F. Supp. 2d 700

(D. Va. 2004).

法院虽然认为被告的行为构成商标使用，但驳回了原告主张的商标侵权。法院认为原告构成商标侵权需要符合五个要件，分别是商标侵权的对象必须是商标、被告使用涉案商标、被告将商标用于商业用途、被告将商标用于销售、预售或广告等、该商标使用行为容易造成消费者混淆。也就是说，如果关键词搜索构成商标性使用，并符合商标侵权的构成要件，则可能被认定为商标侵权行为。

(2) 不构成商标侵权

● Edina Realty, Inc. v. TheMLSonline.com (D.Minn. 2006)

法院认为，商标使用指将商标使用在商品上或该商品的标签、外包装，或使用在服务的销售或广告中。而本案被告并未在其商品、容器或相关文件中自行标示或呈现原告的商标，其行为只是一种单纯利用内在化使用的方式来传送广告，并不构成商标使用。

3.1.3. 学术观点 (Secondary Materials, 二次资源文献)

(1) 从商标侵权角度对关键词推广行为进行分析

● Maral Kilejian & Sally Dahlstrom, Trademark Infringement Claims in Keyword Advertising, Franchise Law Journal, Vol. 36, No. 1 • Summer 2016.

Can You Use a Competitor's Trademark as a Keyword? It depends on how you use it. It is important to remember that content counts. Courts that have found a likelihood of confusion have generally required other factors besides the mere use of keywords to trigger the ads, such as: (1) display of the trademark in the advertising text, (2) the advertisement's failure to clearly indicate its source, and (3) the relationship of the parties. This list is certainly not exhaustive, but rather is intended to illustrate the main factors courts tend to consider as contributing to the likelihood of confusion in keyword advertising cases. Accordingly, where the advertisement clearly identifies its source, or the advertisement explicitly compares its goods or services to a competitor, courts have found that risk of confusion is significantly reduced. In contrast, courts have held that there might be a likelihood of confusion if the sponsor advertisement is not identified. For example, if a company puts the name of the competitor on an advertisement without identifying the true source of the advertisement, courts may be inclined to find a likelihood of confusion. Even though courts tend to find against trademark infringement, it is still important to give due consideration the risk that may be risk associated with purchasing or bidding on a competitor's trademarks.

(2) 商标侵权与不正当竞争的关系

- Rudolf Callmann, Trade-Mark Infringement and Unfair Competition, Law and Contemporary Problems, Spring, 1949, Vol. 14, No. 2, Trade-Marks in Transition (Spring, 1949), pp. 185-199

Despite the fact that the concept of infringement is as old as trade-mark law, and that it figures in almost every trade-mark opinion—and there have been many—it is apparent that it did not spring forth full-born. It is indeed still an extremely volatile concept, which varies with human ingenuity. Precedent in the law can be stultifying if applied blindly, and thus the virtue turned to vice. It is to be hoped that our courts can avoid the temptation to compress that concept into well-defined molds and can shape it as the potter shapes his clay to the job before him.

3.2. 欧盟法检索

尽管未能直接找到欧盟法上的相关资料,但在中文文献检索过程中也检索到了相关内容的二手文献。

从欧盟的类似案例看,对于关键词隐性使用是否构成商标侵权或不正当竞争有两个分析思路。一是从比较广告的角度出发,如果涉诉行为符合比较广告的合法性要求,就不能通过商标专用权禁止使用他人商标;二是从商标功能的损害以及是否具有正当理由来分析,如果涉诉行为不损害商标的识别来源功能、广告功能和投资功能等,以及涉诉行为具有正当理由(例如为消费者提供更多选择),则该行为不构成商标侵权或不正当竞争。

德国最高法院在 Beta Layout 案中对关键词隐性使用有详细的论述,法院认为,就该案的涉诉行为:第一,网络用户不大可能将其对该商标所代表的质量认可转移到被诉侵权人提供的商品上,因为推广信息中不含有其商标,而且该信息中有明显的标记以区分自然排名结果,网络用户能够区分自然搜索结果与付费搜索结果;第二,商标权人没有受法律保护的权利以保留其客户群。

瑞士法院在 Ifolor 商标案中认定,关键词选定所引发的广告内容,并没有阻止网络用户访问商标权人的网站,仅仅是提供一种选择,这是任何营销广告内在固有的特征,选用他人商标作为关键词,不构成以不公平的方式抢夺客户,除非广告具有欺骗性。¹⁸

3.3. 其他国家相关法律规定检索

在前文美国法、欧盟法检索结果基础上,利用“北大法宝”平台中外国法规部分内容,进一步对国外相关规定进行了检索,得到如下检索结果。我们可以发现,虽然部分国家法律中的一些规定存在可以用于规制关键词混淆行为的可能,但几乎没有国家如同我国的反法修正草案中一样直接对搜索关键词混淆行为进行限制。

¹⁸ 《付费搜索竞争行为的实践考察与规范路径——“关键词隐性使用问题”研讨会综述》,《人民法院报》2023年3月16日。http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2023-03/16/content_226677.htm?eqid=b260a6870000cfca00000004643cb861

法律法规名称	相关法条
法国知识产权 法典（立法部 分）	<p>7 1 3 — 3 非经所有人同意并可能在公众意识中造成混淆，不得：</p> <p>1) 在类似商品或服务上复制，使用或贴附商标以及使用复制的商标。</p> <p>2) 在相同或类似的商品或服务上仿冒该商标或使用仿冒商标。</p>
德国反对不正 当竞争法	<p>第十六条 保护营业标志</p> <p>(1) 在营业中使用一种名称，商号或某营利事业，工商企业，或一种印刷品的专门标志，由此可能与另一种已经有权使用的名称，商号或专门标志引起混淆者，可请求制止其使用。</p> <p>(2) 如果使用人知道，或是应该知道滥用的办法可能引起混淆，则须对受害人负损害赔偿赔偿责任。</p> <p>(3) 在有关营业界中作为商店标志的营业标志，用以区别自己和他人营业的其它标志，均应视为营利事业的专门标志。本规定不适用于商标与装璜保护（“商标保护法” 1 8 9 4 年 5 月 1 2 日帝国法律公报第 4 4 1 页）。</p> <p>(4) 准用第十三条第 3 项。</p>
日本防止不正 当竞争法	<p>第一条（制止不正当竞争行为的请求权）</p> <p>(一) 如果有人进行下列各项之一的行为时，因此而使营业上的利益可能受到损害的人可以请求制止这种行为：</p> <p>(1) 在本法施行的地域内，使用相同或类似于众所周知的他人的姓名、商号、商标、商品的容器包装或其他表明是他人商品的标记，或者贩卖、推销或输出使用了这些标记的商品，以致与他人的商品发生混淆的行为；</p> <p>(2) 在本法施行的地域内，使用相同或类似于众所周知的他人的姓名、商号、标章或其他表明是他人营业的标记以致与他在营业上的设施或活动发生混淆的行为；</p> <p>(3) 在商品或其广告上，或者用可以使公众得知的方法在交易的文件或通信上对原产地作出虚假的表示、或者贩卖、推销或输出已经作了这种虚假表示的商品以致使人对原产地产生错认的行为；</p> <p>(4) 在商品或其广告上，或者用可以使公众得知的方法在交易的文件或通信上，作出可以使人错认为该商品是在出产制造或加工地以外的地方出产、制造或加工的行为，或者贩卖、推销或输出已经作了这种表示的商品的行为；</p> <p>(5) 在商品或其广告上，对该商品的质量、内容，制造</p>

	<p>方法、用途或数量作出可以使人产生错认的表示，或者贩卖、推销或输出已作了这种表示的商品的行为；</p> <p>（6）陈述虚假事实、妨害有竞争关系的他人在营业上的信用，或者散布这种虚假事实的行为。</p> <p>第二条（对商品普通名称的行使行为等的免除适用）</p> <p>对于符合下列各项规定的行为，不适用前二条及第五条的规定：</p> <p>（1）用通常使用的方法使用商品的通常名称（以葡萄所生产之物的原产地的地方名称已形成为通常名称者，不在此例），或在交易上通常惯用于同种商品的标记的行为，或者是贩卖、推销或输出使用了这种名称或标记的商品的行为；</p> <p>（2）用通常使用的方法使用在交易上通常惯用于同种类营业的名称或其他标记的行为；</p> <p>（3）善意地使用自己的姓名的行为，或者是贩卖、推销或输出使用了这种姓名的商品的行为；</p> <p>（4）第一条第（一）款第（1）项或第（2）项所列的标记，在本法施行的地域内被公众共知以前就善意地使用与之相同或类似标记的人，或已经和该人所经营的商业一起继承使用该标记的人使用该标记的行为，或者是贩卖、推销或输出使用了这种标记的商品的行为。</p> <p>（二）对于因实施前款第（3）项或第（4）项所列行为而有可能使营业上的利益受到损害的人，可以对实施该行为的人请求为了防止商品和营业上的设施或活动的混淆而添附适当的标记。但对只是贩卖、推销或输出商品的人不在此限。</p>
--	---

3.4. 检索心得

整体而言，比较法司法实践中涉关键词隐性使用的案例较多，且基本形成一致结论，即不存在欺诈和混淆的情况下不构成侵权。我们在进行比较法检索过程中，应特别注意比较法中的表述方式可能与我国法律的表述方式存在一定的差异，所以要进行调整，可能需要多试几次，例如在本文检索中用中文关键词搜索所对应的英文并不能搜索到期待的结果，而将关键词换成 Keyword Advertising，即关键词广告后，得到的搜索结果明显增加。

4. 检索总结

首先，对于“搜索关键词混淆行为的反不正当竞争法规制问题”，从本文的检索结果来看，对于搜索关键词显性使用混淆行为的认定，存在的争议较少，通常认为在符合商标侵权构成要件的前提下，一般构成商标侵权。对于搜索关键词隐性使用混淆行为的认定，存在较大争议，有的观点认为构成商标侵权，有的观点认为构成不正当竞争，有的观点认为既不构成商标侵权也不构成不正当竞争，

有的观点认为应当具体问题具体分析。最新的反不正当竞争法修正草案专门增加了一项对关键词混淆行为从立法层面进行规制，最高法最新公布的典型案例则对关键词隐性使用混淆行为的性质认定从司法实践层面进行了统一，在学理层面仍有待展开进一步的论证。

其次，针对法律文献检索，在本次检索过程中我发现自身主要存在两个方面的问题。其一，针对检索内容而言，找不到、找不全、找不准的问题较为突出；检索关键词的选取会很大程度地影响检索结果，加之类似本文这样与最新立法有关的内容有时候可能会找不到充足的相关资料，或者找到的资料并不那么准确，找到了资料却不知道如何进行筛选；这一问题表现在实务中，实质上是案例检索结果的完整性、准确性与任务完成时间的权衡问题，仍需进一步思考怎么才能找得更快、找得更准、找得更全。其二，针对比较法的检索而言，仍存在较多困难；原因既在于语言能力薄弱，也在于平时接触比较法较少，应当有意识地加强学习，并积极提升自己的法律英语水平。

最后，从本次文献检索报告写作的过程中，我学到了很多，在未来的学习与实习过程中，仍要专注于专业知识的积累与检索能力的培养，多加练习，解决目前存在的这些主要问题，进一步提升法律文献检索功底。同时，也非常感谢老师在法律文献检索课程中教授的相关检索技巧与经验！