

新反法视野下关键词隐性使用的混淆认定

◇ 万 勇 韩炳楠

新反不正当竞争法 专家解读



万勇，中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师。2007年-2015年在上海交通大学法学院工作，历任讲师、副教授、教授；2016年1月起任中国人民大学教授。2023年-2024年，任最高人民检察院知识产权检察办公室副主任（挂职）。在《中国社会科学》《中国法学》等国内外期刊发表论文60余篇。主持国家社科基金、教育部课题、北京市社科基金等课题20余项。获教育部“长江学者奖励计划”青年学者、上海市曙光学者等奖励。

随着互联网经济的不断发展，网络搜索推荐服务成为市场流量分配的重要通道。竞价排名广告模式不仅成为企业重要的宣传手段，也是企业进行商业竞争的重要方式。广告主购买竞价排名服务后，可自行选择搜索关键词，在这个过程中，将他人标识设置为搜索关键词，对他人标识进行隐性使用所引发的竞争与侵权争议日益突出。2025年修订的反不正当竞争法（以下简称新反法）第七条第二款对搜索关键词的使用予以规范，进一步精准规制不正当竞争行为。

一、立法定位与行为定性

关键词隐性使用通常指经营者通过竞价排名等方式，将标识中的文字设置为计算机后台推广关键词，使用户在搜索相关词汇时优先看到其推广链接，但推广链接的标题或描述并不直接出现该关键词。

近年来，关键词付费搜索争议（或称竞价排名争议）多有发生，此类争议最早产生于搜索引擎提供的网络搜索服务。司法实践中，此类争议主要有两点：其一，行为将诉争标识在计算机后台设置为搜索关键词，是否构成侵犯商标权；其二，前述行为若不构成侵犯商标权，是否构成不正当竞争。对于第一点，大多数法院在审判实践中基本达成共识，即基于传统混淆理论，将标识设置为后台搜索关键词的行为属于商标的隐性使用，其主要作用是供用户搜索而不是利用商标识别商品或服务来源，不构成商标性使用，因此不构成侵犯商标权。关于第二点则分歧较大，部分法院认为此类关键词隐性使用行为属于对诉争商标的“搭便车”，违反诚实信用原则，不当攫取商业机会，应当以修订前的反不正当竞争法第二条一般条款进行规制，或者基于此类行为存在混淆可能，以第六条混淆条款予以规制。也有部分法院认为此类隐性使用行为属于正常的商业竞争手段，且可以丰富消费者的选择信息，不构成不正当竞争。

新反法第七条第二款规定：“擅自将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，或者将他人商品名称、企业名称（包括简称、字号等）、注册商标、未注册的驰名商标等设置为搜索关键词，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。”该款意在针对搜索关键词领域形成的混淆风险予以规制，并解决之前用一般条款与混淆条款规制此类风险太笼统和不适应的问题。

关键词隐性使用不仅是丰富消费者正当选择机会，也是繁荣线上市场的重要方式。如今的关键性隐性使用行为场景多样，类型丰富，包括但不限于传统搜索引擎搜索、电商平台搜索、应用商店搜索以及其他各类软件平台搜索等。应当结合不同场景类型，从把握关键词隐性使用是否满足不正当竞争行为的构成要件，运用混淆可能性判断的多因素分析法，审慎判定是否构成混淆，精准规制，在保护产业发展的同时消弭风险，实现立法目标。

二、构成要件之准确解释

关键词隐性使用是否构成不正当竞争行为的认定，应当围绕主观构成要件与客观构成要件展开审查，把握要件之间的内在联系与证据

指向，关注条文之间的协调性，统一裁判与适用标准。

主观构成要件方面，新反法第七条第二款未对主观要件作出规定，未明确行为人为故意或过失是否有不同的规制结果。在具体适用中，行为人的主观状态作为重要构成要件，可以辅助行为定性，影响救济强度。若能证明经营者存在明知他人标识并有攀附、误导的显著恶意，意图引导消费者产生误认与混淆，可增加判定为不正当竞争的可能，并予以惩戒性救济。相反，对于属于竞争手段且缺乏恶意的情形，可以予以纠正性救济或不判定为不正当竞争。

客观构成要件是判断关键词隐性使用行为是否构成不正当竞争的主要依据。根据该条款文义解释，客观构成要件可分为客体要件、行为方式要件、结果要件与因果关系要件。客体要件为“商品名称、企业名称（包括简称、字号等）、注册商标、未注册的驰名商标”。同时，“引人误认”的结果导向还隐含对客体要件的影响力要求，即被使用的词项首先须为法律或市场意义上能够识别的商业标识或具有指示来源功能的名称。其次，被使用的词项需具有一定影响力。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第四条的规定，具有一定的市场知名度并具有区别商品来源的显著特征的标识，可以认定为“有一定影响”的标识，市场知名度的判断应当综合考虑境内相关公众的知悉程度、商品销售的时间、规模和对象、宣传的持续时间、规模和对象，以及标识受保护的情况等。同时，应当排除因负面事件而获得影响力的客体标识与功能性设计。

行为方式要件主要是指行为人为是否将他人标识设置为搜索关键词，行为的实施形式是否能够在“搜索一点击一到达页面”的链条上对消费者的判断产生指向性的影响。将他人标识设置为搜索关键词的行为本身不具有违法性，具备此类行为外观，并且满足“引人误认”的结果要件的行为才可能具有违法性。

结果要件与因果关系要件则是客观构成要件判断的核心。“引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系”强调“误认”作为实在结果的发生以及因果链条的完整。同时，新反法第七条是关于混淆行为的规定，结果要件最终导向是造成混淆，因此混淆结果要件成为判断关键词隐性使用行为是否构成不正当竞争的关键要件，需要展开分析。

三、混淆结果要件的分析认定

商标的基本功能是标明商品来源，造成混淆会冲击权利标识与商品或服务之间的稳定联系，损害商标的基本功能，这是对混淆进行规制的正当性基础。在对混淆要件进行分析判定时，应当始终明确商标的基本功能与混淆规制

的正当性基础。

传统混淆理论中，对混淆情形进行分类，包括关联关系混淆、初始兴趣混淆、售中混淆以及售后混淆等。在关键词隐性使用场景中，主要涉及初始兴趣混淆。初始兴趣混淆也称售前混淆，主要是指消费者在购买商品之前发生注意力与初始购买兴趣转移，在消费者搜寻商品成本较高的情形下，很可能不选择商标权人的商品。新反法明确要求“引人误认”的实际结果，在关键词隐性使用场景中，消费者搜寻成本通常极低。因此，分析的重点应当是相关行为是否构成实际混淆或者具有混淆高度可能性。

多因素分析法是判断混淆与混淆可能性的主要方法。该方法是指认定混淆可能性需要综合考虑多个因素，包括标识的近似度、商品或服务的类似度、标识的显著性和知名度、商品或服务的特征及商标使用方式、相关公众的注意力和认知程度等。各个因素的综合判断并不是并列关系，而具有轻重缓急且相互影响。其中，商品或服务的类似度以及标识的相似度是最重要的判断因素，相关公众的注意力与认知程度等则相对次要，起辅助作用。在关键词隐性使用场景中，商标使用方式是将标识作为关键词设置为搜索关键词，属于商标的非显性使用，在应用多因素分析法判断是否构成混淆时，需要加以调整。

网络空间信息量爆炸，商品服务多样庞杂。竞价排名模式下广告主购买获得的优先展示机会，争夺的是消费者有限的注意力资源。因此，在此场景下应用多因素分析法，最核心的因素应当是相关公众的注意力与认知程度。其他因素如商标近似度、商品或服务的相似程度以及显著性和知名度等则作为辅助判断。此外，互联网平台以及关键词搜索的具体场景是新的分析因素，不同平台的规模、信息含量、呈现方式、用户群体画像、用户消费习惯等均有较大差别，这些差异均会影响混淆要件判定。因此，可按功能场景，将平台分为网络销售类、信息资讯类、计算应用类与金融服务类等，在不同场景下，以相关公众的注意力与认知程度为核心，综合其他因素判断是否构成混淆。

在网络销售类平台中，平台连接人与商品，典型为电商平台，一般规模较大，涉及消费者、商户以及平台三方主体，信息含量丰富，信息变化较快。网络销售类平台信息呈现方式多以图片铺陈，辅以商品或服务的简介方式，尤其突出价格信息。搜索结果的排序方式多样可选，包括但不限于销量、评价以及距离远近等。在此情形下，消费者的注意力相对集中，由于信息展示丰富，对平台商品的认知程度也相对较高，可以综合利用商标商品的外观差异、价格对比、商户信息以及是否存在“广告”标签判断商品来源，不易造成混淆。唯有多种因素均相似，且未标明“广告”的，才具有引人误认的可能。

信息资讯类平台则连接人与信息，主要为传统搜索引擎，信息呈现方式为条目网页链接，以文字为主，一般在信息醒目位置标注“广告”“推广”或“官方”，供用户甄别筛选。信息集中分布，展现方式单一且搜索引擎发展已久，置顶链接对用户注意力的吸引效果有限。在此情形下，除未标注标签且广告内容高度模仿权利人视觉风格（如字体、配色），导致普通网民难以辨别的情况外，均不易导致混淆。

计算应用类与金融服务类平台，均属于实现某种特定功能的平台，平台相对封闭，用户目标单一且有针对性。在此类平台中，信息的准入门槛较高，呈现方式清晰，用户注意力不易分散，且认知程度均较高，从信息筛选呈现与相关公众认知两个角度基本杜绝混淆可能性。

平台分类与多因素综合分析是手段不是目的，对是否“引人误认”、是否构成混淆的判断最终要回归到商标的基础功能，即是否对商品或服务与标识之间的稳定联系产生冲击与干扰。当前，互联网平台发展规范化，平台监管体系化，信息呈现方式逐步科学化，网民规模不断扩大，网民素质与认知程度较高。多数场景中，利用竞价排名模式向平台支付推广费，将他人标识设置为后台搜索关键词而在搜索结果页面的固定位置显示广告主网站或其商品链接的行为并不会导致消费者混淆商标与商品之间的联系；仅在部分平台，未标明“广告”，其他信息高度相似，且有证据证明实际导致消费者产生混淆误认的，才可认定为属于不正当竞争行为。

商标的出现，综合了商品和服务提供者的结构性信息，极大降低了人们的搜寻成本与交易成本。互联网平台的出现发展，则集成了商标商品及服务信息，规模化连接人与商品或服务，连接消费者与商户，降低信息整合成本，丰富市场多元选择。关键词隐性使用，是相关领域竞争者利用互联网搜索服务，进一步丰富信息，给予消费者更多选择的重要方式，不可因噎废食。笔者认为，新反法背景下关键词隐性使用的法律规制需摆脱“侵权推定”的传统思维，避免直接进入扰乱竞争秩序、违反诚实信用等原则性道德审判，并逐步转向竞争效益与权益保障的综合平衡认定框架。在法律适用层面，严格遵守第七条“混淆行为”的主客观构成要件，审慎适用一般条款，维护正当竞争空间。在涉及关键词隐性使用问题适用第七条第二款时，可通过前述“主客观要件认定法”进行判断，并在平衡经营者合法经营利益、权利人利益以及消费者利益的基础上，综合认定是否构成商业混淆。同时，在此类案件中，对混淆要件应审慎判定，这是新反法第七条的应有之义，也有利于促进创新发展。（作者单位：中国人民大学法学院）

如何准确认定施工总承包单位的先行清偿责任

问题探讨

◇ 文兴平

施工总承包单位的先行清偿责任，是指《保障农民工工资支付条例》（以下简称《条例》）第三十条中规定的当出现拖欠农民工工资的情况时，施工总承包单位对此先行清偿的责任。自《条例》实施以来，从司法实践看，施工总承包单位的先行清偿责任存在“连带化”“无过错化”的趋势，对于先行清偿责任的性质及适用前提仍存在较大分歧。为准确认定施工总承包单位的先行清偿责任，兼顾农民工及施工总承包单位权益，应对先行清偿责任的责任性质与责任前提予以分析澄清。

一、厘清责任性质：先行清偿责任系补充责任

《条例》第三十条第一款规定：“分包单位对所招用农民工的实名制管理和工资支付负直接责任。”该规定的理由在于，分包单位与其招用农民工形成劳动关系，依据劳动合同法第三十条第一款的规定，分包单位作为用人单位，应当对其招用农民工的工资支付承担直接责任。对于分包单位的直接责任，基本不存在争议。然而，施工总承包单位的先行清偿责任却存在较大争议，争议焦点主要在于该责任系补充责任还是连带责任。笔者认为，施工总承包单位的先行清偿责任应属于补充责任。

1. 施工总承包单位的先行清偿责任不符

合连带责任的特征。在连带责任中，责任主体均处于第一顺位。然而，从《条例》第三十条的条文顺序来看，第一款先规定分包单位的直接责任，第三款、第四款才规定施工总承包单位的先行清偿责任。有理由认为，《条例》第三十条倾向于先由分包单位进行清偿，当无法查明分包单位或者分包单位没有足够的清偿能力时，再由施工总承包单位先行清偿，分包单位与施工总承包单位并不处于同一顺位。故施工总承包单位的先行清偿责任不符合连带责任的特征。

2. 《条例》缺乏为施工总承包单位设立连带责任的权限。民法典第一百七十八条第三款规定：“连带责任，由法律规定或者当事人约定。”该条中的“法律”，一般认为应指狭义的法律即全国人大及其常委会制定的规范性文件。而非《条例》系国务院制定的规范性文件，并非前述规定中的“法律”，因此缺乏为民事主体规定连带责任的权限。故若认为施工总承包单位先行清偿责任系连带责任，则有悖于民法典第一百七十八条第三款。

3. 将施工总承包单位的先行清偿责任理解为补充责任更有利于法律体系的融贯性。一方面，如前所述，《条例》第三十条依次规定四款的方式是倾向于将分包单位及施工总承包单位置于不同清偿顺位，因此将施工总承包单位的先行清偿责任理解为补充责任与《条例》第三十条各款的排列体系更为契合。另一方面，施工总承包单位与法律规定的其他承担补充责任的主体具有一定同质性。例如，民法典第一千一百九十八条、第一千二百零一条中的经营者、管理者、组织者、幼儿园、学校或者其他教育机构的补充责任，此类责任主体对于其所场所、活动具有较大程度的实际控制进而负有安全保障义务，而施工总承包单位对于其承包的工程项目同样具有较大程度的实际控制，也对分包单位负有管理义务，进而促使分包单位及时

足额发放农民工工资。

就此而言，民法典第一千一百九十八条、第一千二百零一条中的经营者、管理者、组织者、幼儿园、学校或者其他教育机构与《条例》第三十条中的施工总承包单位具有一定同质性。因此，将施工总承包单位的先行清偿责任理解为补充责任也符合法律体系评价的一致性，有利于法律体系融合贯通。

二、明确责任前提：先行清偿责任以未履行法定义务为要件

如前所述，施工总承包单位的先行清偿责任应属于补充责任，而补充责任通常以责任人违反法定义务为前提。因此，对于先行清偿责任而言，应以施工总承包单位违反法定义务为前提。对于施工总承包单位的先行清偿责任，《条例》第三十条以两款进行规定。第三十条第三款规定：“分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。”第四款规定：“建设工程项目转包，拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。”应该认为，第三款与第四款的先行清偿责任要件有别，若两款责任要件毫无差别，《条例》无需以两款分别规定。

1. 《条例》第三十条第三款规定的先行清偿责任以施工总承包单位未对分包单位的劳动用工及工资发放等情况履行监督管理义务为要件。《条例》第三十条第二款规定：“施工总承包单位对分包单位劳动用工和工资发放等情况进行监督。”第三款规定了施工总承包单位的先行清偿责任。因此，一方面，从条文顺序来看，有理由认为第三款规定的施工总承包单位的先行清偿责任是以施工总承包单位未履行监督管理义务为要件。另一方面，将未履行监督管理义务作为第三款先行清偿责任的前提也有利于通过增设民事法律后果而促使

施工总承包单位履行《条例》第二十八条第二款、第三十条第二款的相关义务。

当分包单位拖欠农民工工资时，施工总承包单位需要提供充分证据证明其对分包单位劳动用工和工资发放等情况已履行监督义务。否则，施工总承包单位应承担先行清偿责任。这也与民法典第一千一百九十八条、第一千二百零一条中的经营者、管理者、组织者、幼儿园、学校或者其他教育机构的补充责任都以未尽到安全保障义务为前提保持一致。值得注意的是，《条例》第三十条第三款并未通过“相应”对施工总承包单位先行清偿责任予以限制，亦即无需考虑施工总承包单位过错程度，只要施工总承包单位未履行监督管理义务，在无法查明分包单位或者分包单位没有足够的清偿能力时，施工总承包单位即需全额先行清偿。

2. 《条例》第三十条第四款规定的先行清偿责任以施工总承包单位或其分包单位未履行“禁止转包”义务而将建设工程项目转包为要件。第一，根据建筑法第二十八条等相关规定，施工总承包单位将建设工程项目属于违法行为。若施工总承包单位转包建设工程项目，则施工总承包单位无法对分包单位劳动用工和工资发放等情况进行有效监督管理。第二，《条例》第三十条第四款“转包”的主体不应仅限于施工总承包单位，还应包括施工总承包单位分包单位。这是因为，建筑法第二十九条第三款后句规定：“禁止分包单位将其承包的工程再分包。”举轻以明重，分包单位更不能将其承包的工程进行转包。同时，当分包单位进行转包时，一是将导致施工总承包单位无法对分包单位劳动用工和工资发放等情况进行有效监督管理，二是压价转包也将可能导致农民工权益受损。因此，无论施工总承包单位自行转包或其分包单位进行转包，施工总承包单位均具有可归责性，当分包单位拖欠农民工工资时，



武凡照 作

即使施工总承包单位已提供充分证据证明其对分包单位劳动用工和工资发放等情况已履行监督义务，施工总承包单位也应承担先行清偿责任。

第三，《条例》第三十条第四款“转包”应进行目的性扩张至包含“违法分包”。无论施工总承包单位违法分包抑或分包单位违法分包，也都可能导致施工总承包单位无法对分包单位劳动用工和工资发放等情况进行有效监督管理，同时还可能出现多层分包导致农民工权益受损。而“转包”的文义范围极限却并不包含“违法分包”。因此，有必要对《条例》第三十条第四款中的“转包”进行目的性扩张，使得“转包”包含“违法分包”，从而全面保障农民工权益。（作者单位：浙江华东工程咨询有限公司）