

利益衡量视角下关键词隐性使用行为的正当性认定

孔艳华

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2026年2月2日; 录用日期: 2026年2月25日; 发布日期: 2026年3月6日

摘要

随着经济的发展, 互联网领域出现了一种新型的竞争行为, 即关键词隐性使用行为。学界对于该行为的正当性认定存在着不同的意见, 主要集中在该行为应当适用反不正当竞争法的哪一条款进行规制。在司法实践中针对关键词隐性使用行为的判决也存在着不同的结果。关键词隐性使用行为涉及多者利益, 因此应当在利益衡量的视角下对其正当性进行认定, 但是在此过程中存在利益衡量模式适用缺乏一致性、法律适用不明确等问题。故针对关键词隐性使用行为正当性判定中利益衡量存在的问题, 应当综合考虑经营者的利益、消费者的利益以及社会公共利益, 同时细化关键词隐性使用行为的类型、规范有关“商业道德”的认定标准, 采用三元叠加的利益衡量模式判断隐性使用行为是否具有正当性。

关键词

关键词隐性使用行为, 利益衡量, 不正当竞争

The Legitimacy Assessment of Implicit Keyword Use from an Interest-Balancing Perspective

Yanhua Kong

Law School, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: February 2, 2026; accepted: February 25, 2026; published: March 6, 2026

Abstract

With the development of the economy, a new type of competitive behavior, namely the implicit keyword use, has emerged in the Internet domain. There exist divergent scholarly opinions regarding

the legitimacy of this behavior, primarily focusing on which provision of the Anti-Unfair Competition Law should be applied for regulation. In judicial practice, judgments concerning implicit keyword use also yield varying outcomes. Since implicit keyword use involves multiple parties' interests, its legitimacy should be determined from the perspective of interest-balancing. However, this process faces challenges such as a lack of consensus on the application of interest-balancing models and unclear legal applicability. Therefore, to address the issues in interest-balancing for the legitimacy determination of implicit keyword use, it is essential to comprehensively consider the interests of operators, consumers, and public welfare. Additionally, the typology of implicit keyword use should be refined, standards for recognizing "commercial morality" should be clarified, and a tripartite interest-balancing model should be employed to assess the legitimacy of such behavior.

Keywords

Implicit Keyword Use, Interest-Balancing, Unfair Competition

Copyright © 2026 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

在互联网经济蓬勃发展及网络用户数量逐渐增加的背景下,同类商品或者服务的供给数量显著增加,同行业甚至不同行业竞争更加激烈,网络用户利用搜索引擎搜索相关产品确定消费对象成为大势所趋。相应地,广告领域在互联网平台产生了新型的推广模式,主要包括关键词显性使用和关键词隐性使用两种。其中前者是指商家将他人的商标在后台设置为关键词,当用户在搜索引擎中搜索该关键词时,商家的产品界面连同相关他人的商标均出现在搜索引擎搜索结果界面的行为。后者是指经营者将他人享有合法权益的商标在搜索引擎后台设置为关键词,但搜索引擎结果界面仅显示行为人的产品,而将相关他人的商标予以隐藏的行为[1]。从司法实践层面来看,由于关键词显性使用行为容易引发用户混淆,对其构成不正当竞争或者商标侵权几无疑义。然而围绕关键词隐性使用行为,针对其是否构成不正当竞争,以及若构成不正当竞争应当适用哪一条款规制,目前司法实践持有不同意见。从理论研究层面来看,学界针对关键词隐性使用行为已有部分探讨,但主要集中于对该行为应当适用《中华人民共和国反不正当竞争法》(下称《反不正当竞争法》)第六条有关混淆条款还是第二条有关一般商业道德条款的讨论,即认定隐性使用行为是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,适用《反不正当竞争法》第六条的规定还是认定隐性使用行为是违背诚实信用原则,违背商业道德的不正当竞争行为,应当适用《反不正当竞争法》第二条的规定的探讨。由于竞争行为的正当性判断具有与生俱来的利益权衡属性,因而借助利益衡量可实现关键词隐性使用行为评价的具体化。鉴于此,有必要在利益衡量的视角下对关键词隐性使用行为进行正当性的认定。

2. 关键词隐性使用行为对相关主体的利益影响

(一) 商标权人层面的利益影响

关键词隐性使用是否对商标权人的利益造成损害需要根据具体情况进行讨论。最高法院在“海亮案”中认为,使用他人商标作为关键词会使他人吸引的流量有所降低,从而损害商标权人的利益,但是把他人的商标作为关键词进行隐性使用的行为实质上是行为人通过此种行为使自己的商品获得展示,其所获得的是一种交易的机会。这种机会并不必然导致消费者选择其商品,选择权仍然是掌握在消费者的手中,

也就是说消费者对于购买哪一商品拥有最后的决定权。是否能够获得消费者青睐最终还是取决于商品的价格、质量、品质、售后服务等各方面的因素。

所以对于商标权人来说,即使关键词隐性使用的行为存在能使消费者获得更多的选择而不选择商标权人的商品的可能性,但是这并不意味着会必然影响商标权人商品的搜索结果的呈现[2]。也就是说行为入使用商标权人的商标作为关键词进行隐性使用的行为如果没有导致商标权人的商品未出现在搜索结果界面,能够被消费者所知晓,且在搜索结果界面并未对消费者进行误导从而产生混淆,那么商标权人仍然可以通过商品的自身优势获得消费者的青睐从而获得该交易机会,此时行为人的关键词隐性使用行为并未对商标权人产生损害。

(二) 消费者层面的利益影响

《反不正当竞争法》对消费者群体的利益的保护是基于一种整体和宏观上的保护,其目的在于防止经营者通过损害消费者利益的方式获取竞争优势[3]。商标的作用就在于对各商标权人的商品起到一种识别作用,也就是为了区分各商品,防止消费者对商品的来源产生误认混淆。所以在评价关键词的隐性使用行为时要从消费者的视角考虑该行为是否会使消费者产生误认混淆,从而判断该行为是否构成不正当竞争[4]。

关键词隐性使用行为是否会使消费者产生误认混淆要根据具体情况进行分析,不能一概而论。当消费者输入商标权人商品的关键词,搜索结果界面出现了其他产品的相关信息时,如果消费者能够在搜索结果界面直观地看到该产品并不属于其想要搜索的产品,那么此时对消费者来说当然不会产生混淆误认。当此种商品的用途与消费者想要的商品相同时,也给消费者提供了更多的选择,能够让消费者通过对比挑选更符合自己心意的商品。当此种商品的用途与消费者想要的商品不同时,能够给该商品增加曝光量,增加交易机会,并且对商标权人的商品并不构成任何竞争关系。在这种情况下,关键词隐性使用行为不仅不会损害消费者的利益,反而在一些情况下能够给消费者带来好处。然而如果消费者不能在搜索结果界面直观地看到某条搜索结果是否为其想要搜索的商品,即搜索结果页面对相关产品的来源描述不清,只能通过对搜索结果进行点击才能够知晓产品的具体信息,或者即使点击进入某条搜索结果也无法清晰地知晓商品来源及信息时,就会有使消费者产生混淆误认的可能性,并且增加了消费者的时间成本。此时就会给消费者的利益造成损害。

(三) 社会公共利益层面的影响

公共利益在反不正当竞争法下主要体现为一种不被扭曲的竞争秩序,其主体是具有竞争关系的某一领域的大多数人,内容是保护不被扭曲的竞争秩序[5]。随着经济社会的不断发展,反不正当竞争法的价值取向也逐渐完善明确,反不正当竞争法不仅应当保护竞争者的利益,还要保护消费者的利益和社会公共利益。社会公共利益涉及到的是社会中不特定多数人的利益,而不是全体社会成员或者社会中特定多数成员的利益[6]。

对于关键词隐性使用行为对社会公共利益的影响,首先市场的发展依赖于竞争主体之间产生的良性竞争,竞争是不断调整生产的动力来源,通过竞争才能够促使经营者通过提升商品的质量、服务、外观等方式吸引消费者获得竞争优势,从而提高自己的竞争地位。关键词隐性使用行为能够给经营者带来更多的商品展现机会,从而促进市场竞争。其次对商标权人来说,也可以使用他人的商标作为关键词从而发挥其自身的优势。对于提供同种商品的经营者来说,可以通过这种方式在以竞争对手的商标为关键词的搜索结果中清晰明了地展示自己的商品,以供消费者选择,这样能够更大程度地促进市场竞争[7]。最后,行为入通过付费购买商标权人的商标作为关键词进行隐性使用的行为能够增加财富创造的机会。提供这种服务的平台能够在获得额外收入的同时促使消费者与合适的经营者之间的交易,确保商标权人和行为入之间展开绩效竞争[8]。

3. 关键词隐性使用行为正当性判定中利益衡量的司法检视

(一) 关键词隐性使用行为正当性判定中利益衡量的司法现状

司法实践中对关键词隐性使用的正当性判定存在较大争议，不同的案件存在不同的裁判结果，对于此类案件进行利益衡量的主要做法往往是通过考虑一方主体的利益，或者在考虑其中一方主体利益的同时从公共利益的角度认定关键词隐性使用行为的正当性。其中具有代表性的案件主要包括“金夫人案”¹、“慧鱼案”²、“虎牙案”³、“高佣联盟 app 案”⁴、“畅想软件案”⁵以及“海亮案”⁶等。

在“金夫人案”中，法院认为米兰公司将金夫人公司的商标“金夫人”作为百度推广服务的关键词的行为，其目的是增加米兰公司的知名度，希望能给其带来潜在的商业交易机会，但是这种商业机会并非法定权利，同时金夫人公司也没有能够证明米兰公司实施的该行为对金夫人公司或者网络用户产生实质性损害，故而判定该行为不构成不正当竞争。法院从经营者的利益即商标权人的利益出发认定关键词隐性使用行为的正当性。认为商标权人针对米兰公司实施的隐性使用行为并不存在法定权利，且米兰公司实施的行为并未损害商标权人的利益。

在“慧鱼案”中，人民法院认为被告使用原告所享有商标权的“慧鱼”商标作为关键词在百度搜索引擎上投放广告进行产品推广的行为并没有直接将“慧鱼”作为商业标识向网络用户展示，不属于商标性使用，不构成商标侵权。同时，被告虽然存在增加自己产品在搜索引擎结果界面展示机会的主观意图，但是并没有达到违反诚实信用原则和公认的商业道德的程度，因而人民法院判定该行为不构成不正当竞争。法院从公共利益的角度出发对关键词隐性使用行为的性质作出认定，认为被告实施的行为并未损害公共利益、违反商业道德，从而认定该行为具有正当性。

在“虎牙案”中，法院认定虎牙公司将他人的商业标识设置为关键词隐性使用进行竞价排名的行为违反了反不正当竞争法第二条有关诚实信用原则和商业道德的条款，在损害烛龙公司合法权益的同时，扰乱了正常的互联网竞争秩序，构成不正当竞争行为；在“畅想软件案”中，二审法院和最高院的再审认为被告使用原告畅想公司企业名称作为后台关键词，搜索结果界面却仅出现被告的产品信息的关键词隐性使用行为抢夺了原告的商业交易机会，违背了诚实信用原则和公认的商业道德，并且认为被告具有明知原告在所属行业具有一定的知名度而利用原告商誉，进而获取不正当竞争利益的主观故意。因此判定被告的行为构成不正当竞争。在这两起案件中，法院在考虑社会公共利益的同时还考虑到了该行为对经营者利益的影响，认为对关键词隐性使用行为的正当性认定不当应当从某一个方面进行考虑。

在“高佣联盟 app 案”中，法院认为德利威公司使用“高佣联盟”关键词进行隐性使用的行为主观上具有攀附他人商誉的故意，在相关搜索结果区分不明显的情况之下，客观上也容易使相关公众产生混淆，进而扰乱市场竞争秩序，构成不正当竞争行为。相比以上两个案件，在该案件中法院则是综合考虑了该行为对公共利益的影响以及对消费者利益产生的损害从而认定关键词隐性使用行为的正当性。

“海亮案”是近期有关关键词隐性使用的典型案例，在该案的二审判决中，人民法院认为被告的隐性使用行为虽然使其自身产品信息置于搜索结果的靠前位置，但原告的产品信息仍然显示于搜索结果界面，并没有妨碍原告产品信息的展示，没有损害原告的合法权益。同时，该行为有利于消费者获得更多的信息，给予消费者比较选择的机会，并未破坏市场主体的辨识度，没有扰乱市场秩序。但是最高人民法院再审推翻下级人民法院的判决结果，认为被告未经许可将原告的商业标识设置为关键词的行为构成

¹参见江苏省高级人民法院(2017)苏民申 2676 号民事裁定书。

²参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民初字第 9416 号；北京市高级人民法院(2013)高民终字第 1620 号判决书。

³参见北京知识产权法院(2023)京 73 民终 2005 号民事判决书。

⁴参见浙江省杭州市余杭区人民法院(2020)浙 0110 民初 19778 号民事判决书。

⁵参见(2020)沪 0115 民初 3814 号，(2021)沪 73 民终 772 号民事判决书。

⁶参见浙江省高级人民法院(2020)浙民终 463 号民事判决书及最高人民法院：(2022)最高法民再 131 号民事判决书。

隐性使用行为，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，还对消费者以及社会公共利益造成了损害，由此最高人民法院判定该行为构成不正当竞争。

(二) 关键词隐性使用行为正当性判定中利益衡量存在的问题

1) 利益衡量模式适用缺乏一致性

在司法实践中，人民法院对于关键词隐性使用行为适用的利益衡量模式缺乏一致性，主要包括以下几种不同的主张：

(1) 私营优先模式

所谓的私营优先模式，就是指司法机关对不正当竞争案件的审理优先保护经营者的利益，将经营者的利益受到损害作为判断行为是否具有正当性的核心因素^[3]。针对关键词的隐性使用行为适用私营优先模式判断行为的正当性就是通过判断商标权人是否存在合法的竞争利益，进而判断商标权人的利益是否受到损害作为核心，认定关键词隐性使用行为是否具有正当性。如果商标权人存在合法权益，行为人实施的关键词隐性使用行为对商标权人的合法权益造成了损害，那么该行为就不具有正当性。相反如果权利人不存在合法权益，或者即使存在合法权益但是行为人实施的隐性使用行为并未对权利人的合法权益造成损害，那么该行为就具有正当性。在“金夫人案”中法院优先保护经营者的利益，对关键词隐性使用行为通过是否损害经营者的利益进行认定，这种利益衡量的方式即私营优先模式。

在这种模式之下，如果司法机关已经查明行为人实施的隐性使用行为对商标权人的合法权益造成了损害，那么司法机关就不会再对该行为是否对消费者的利益和社会公共利益造成损害进行考虑查明。这种利益衡量的模式的单一性必然会导致消费者的利益和公共利益无法得到保护。

(2) 公益优先模式

公益优先模式，顾名思义就是司法机关在对相关行为进行正当性判断时，将社会公共利益作为判断的标准。针对关键词的隐性使用行为适用公益优先模式判断行为的正当性就是以行为人实施的隐性使用行为是否使社会公共利益受到损害作为核心，认定关键词隐性使用行为是否具有正当性。但这并不意味着仅将社会公共利益作为判断行为正当性的唯一标准。在审理相关案件的过程中，司法机关仍然会对隐性使用行为是否对商标权人的利益造成损害进行分析。具体来说，即便行为人实施的隐性使用行为对商标权人造成了一定程度的损害，如果该行为并未对社会公共利益造成损害，那么该行为仍然具有正当性。在“慧鱼案”中对关键词隐性使用行为的正当性认定则是以该行为是否损害公共利益作为判定标准。

公益优先模式在互联网领域不正当竞争案件中体现为非公益必要不干扰原则^[3]。这一原则是指网络服务的提供者在某些特殊情况下可以在未经网络用户同意并且主动选择以及其他的网络商品或服务的提供者同意的情况下，干扰其他互联网经营者的商品或者服务的运行，但是其目的必须是为了保护社会公共利益，而且必须要适用必要和合理的干扰手段。但是此原则所要求的“特殊情况”、“必要合理的手段”等要素的认定没有统一的标准，在司法实践中不能提供普适性的商业道德的认定标准。另外，这一原则所给予网络服务提供者的排他性权利范围过大，可能会增加对网络用户的利益以及权利人的利益损害的可能性，所以总体来说该原则在司法实践适用层面的可操作性较低。

(3) 二元利益衡量模式

二元利益衡量的模式，即在考虑社会公共利益的同时对经营者利益或者消费者利益加以衡量，如在前一部分中提到的“虎牙案”和“畅想软件案”中，法院认为被告人实施的关键词隐性使用行为扰乱了市场竞争秩序，违背了商业道德，损害了公共利益，同时对经营者，即商标权人所合法享有的权利造成了损害，但是在这两个案件中并未对消费者即网络用户的利益加以考虑。互联网平台的产生极大地促进了交易的产生，而所有的交易性行为都离不开消费者的参与，所以对于互联网中出现的隐性使用行为的正当性认定应考虑消费者的利益。相应地，在“高佣联盟 app 案”中，以公共利益以及消费者的利益

作为判定关键词隐性使用行为的标准，但是却并未着重考虑到商标权人的利益。对于关键词隐性使用行为来说，其发生的主要冲突就是发生在经营者和行为人之间，所以对于经营者是否享有合法权益，如果享有那么行为人实施的隐性使用行为是否对经营者的利益造成损害，即经营者的利益就应当予以考虑。

2) 认定关键词隐性使用行为正当性的法律适用不明确

在司法实践中，对关键词隐性使用行为所适用的法律规范主要集中在《反不正当竞争法》第六条有关“混淆条款”和第二条有关“诚实信用”条款。对于关键词隐性使用行为到底适用哪一条款进行规制存在争议，其争议焦点在于关键词隐性使用行为是否会导致消费者产生混淆，《反不正当竞争法》第六条以经营者实施混淆行为为前提，有学者认为关键词隐性使用行为将他人的商标作为关键词会使消费者对搜索引擎结果界面的搜索结果产生混淆，误认为是商标权人的商品或者服务，从而增加消费者的搜索成本，认为应当适用《反不正当竞争法》第六条对该行为进行规制。而另一种看法是认为隐性使用行为并不会使消费者产生混淆，消费者可以在搜索结果界面清晰地分辨商品或者服务的归属者，但是该行为会抢占商标权人的交易机会，对商标权人的利益造成损害，进而扰乱竞争秩序，违背商业道德，所以主张应当适用《反不正当竞争法》第二条对其进行规制。明确的法律规定是解决法律问题的前提，针对关键词隐性使用行为所适用法律的不明确会使裁判结果不一致，使得权利人的利益无法得到保护，受害人无法得到有效的救济，无法维护社会的公平正义。

3) 《反不正当竞争法》第二条中对于“商业道德”的认定标准具有模糊性

在适用《反不正当竞争法》第二条有关“商业道德”条款认定同一关键词隐性使用行为时会得出不同的法律结论，即“同案不同判”。从近期浙江省高级人民法院和最高法院对“海亮案”得出相反的结论即可对其进行论证。浙江省高级人民法院认为被告隐性使用他人商标的目的在于增加点击量为其带来潜在的交易机会，这种交易机会并非法定权利，而且该行为并未阻止商标权人相关商品或者服务信息的展示，并未对原告的合法权益造成损害，反而有利于消费者对商品进行比较选择，降低消费者的搜索成本。最终判定该隐性使用行为并不违反商业道德，不构成不正当竞争。但是最高法院却认为被告实施的关键词隐性使用行为具有攀附“海亮”商标的故意，将原属于他人的流量吸引到自身的网站，为自己赢得竞争优势，这种行为并非一种诚信经营的行为，违背了商业道德，应当依据《反不正当竞争法》第二条认定隐性使用行为构成不正当竞争。由此可以看出，由于该条款中“商业道德”认定标准的模糊性不同的法院针对同一案件得出了完全相反的结论，裁判结果的前后不一致让当事人在形式上感受到不平等的对待，也当然违反了作为判定司法公正的同案同判原则^[9]。

4. 关键词隐性使用行为正当性判定中利益衡量的改进路径

(一) 适用三元叠加法益衡量模式

考虑到当前司法实践中对关键词隐性使用的正当性判定存在的问题，所以对于该行为的正当性判定应当采用三元叠加法益衡量模式。鼓励和保护竞争是《反不正当竞争法》的立法目标，其确立了经营者利益、消费者利益以及公共利益三元叠加的保护模式，由此奠定了竞争行为中利益衡量的基本结构^[10]。在面对复杂案件时通过利益衡量对各方利益进行取舍，蕴含着时代的价值判断^[11]。在关键词隐性使用行为中，显而易见地存在经营者之间，即实施隐性使用行为的行为人和商标权人之间，以及和消费者之间的冲突问题，但除此之外还应当就隐性使用行为对社会公共利益的影响进行衡量。社会公共利益作为一种普遍性的利益，代表着利益的根本性，决定着福祉惠及的范围^[12]。不同的利益主体在实际的竞争活动中享有不同的权益，对这些冲突的利益进行衡量对于不正当竞争行为的认定是必不可少的。

在关键词隐性使用案件中，实施隐性使用行为的行为人的利益体现为通过在搜索引擎后台设置他人的商标为关键词的行为获得消费者放弃原有选择而转而选择行为人商品或者服务的机会，从而促成交易

获得经济利益。商标权人的利益体现为通过自己对商标享有的权利以及通过经营获得的良好商誉吸引消费者通过搜索其商标关键词获得交易机会，从而完成交易获得经济利益。消费者的利益则体现为通过关键词搜索获得相关商品或者服务的信息，并在有对比可能性的情况下做出有利于自己的选择。社会公共利益是一个整体性的利益，在关键词隐性使用行为中，其所涵盖的个体利益包括以上所描述的所有个体利益以及竞争秩序。

在对关键词隐性使用行为的正当性进行判断时，应当对以上主体的利益进行综合衡量，而不应该仅仅强调对某一个主体或者其中两方主体的利益保护。在具体的有关关键词隐性使用行为的案件中，司法机关要把经营者的利益、消费者的利益以及社会公共利益均纳入到该行为的正当性认定中，通过行为人实施隐性使用行为的具体手段、搜索引擎结果界面显示商标权人相关信息的方式、实施隐性使用行为产生的具体后果进行个案分析，摒弃重点保护其中一方主体利益或者其中两方主体利益的做法，全面考虑互联网新型竞争行为的市场效果[13]。

(二) 细化关键词隐性使用行为的类型

之所以无法明确关键词隐性使用行为的法律规定是因为对关键词隐性使用的性质没有进行细化分类，将关键词隐性使用行为一概认定为“会使消费者产生混淆”或者“不会使消费者产生混淆”，实际上对关键词隐性使用行为进行利益衡量的过程中，要根据个案具体分析具体处理。当行为人将他人的商标设置为关键词并经过一定的操作程序使消费者只有通过点击选择某一具体搜索结果才能看到相关商品或者服务的权利人时，会使消费者对搜索结果产生混淆，此时符合《反不正当竞争法》第六条的“混淆要件”，可以通过该条并结合具体行为对商标权人、消费者以及公共利益的影响对隐性使用行为的正当性进行判定。但是如果行为人仅仅是将他人的商标作为关键词，目的是提升自身产品或服务的交易机会，并未设置其他操作程序，在搜索结果界面可以明确区分目标商品或服务以及行为人的商品或服务时，消费者就不会对其结果产生误认混淆，此时自然不符合《反不正当竞争法》第六条中的“混淆要件”，此时可以根据具体情况结合该行为对各主体利益的影响通过第二条有关“商业道德”的条款进行规制。所以，在司法实践中，应当对关键词隐性使用行为进行具体分析，根据其具体情况选择适用该行为的相关条款。

(三) 规范《反不正当竞争法》第二条中“商业道德”的认定标准

商业道德的内涵具有一定的抽象性，所以对商业道德进行认定不需要对其具体概念以及构成要件做出明确的界定，因为对商业道德的标准进行认定是为了增强其在司法实践中的适用性和可操作性，避免因认定标准不一出现“同案不同判”的结果，而非是为了用一个具体确定的标准衡量法律行为[14]。具体来说，对关键词隐性使用行为适用一般性条款中“商业道德”的认定标准可以从以下两个方面来规范。

第一，将互联网行业有关商业竞争的行业惯例作为判定关键词隐性使用行为是否符合商业道德的重要依据。一般来说，《反不正当竞争法》第二条中“商业道德”的认定应当以商业活动中客观或者实际的做法、惯例为依据[10]。行业惯例是某一行业长期以来形成的、被普遍认同并遵守的规则。其中 Robots 协议属于国际互联网行业认定的行业规范和商业惯例，在搜索引擎行业有《互联网搜索引擎服务自律公约》对与搜索引擎相关的行为进行规定，这些都可以作为关键词隐性使用行为是否符合商业道德的依据。第二，将三元叠加法益衡量作为商业道德的认定标准之一。商业惯例虽然可以作为商业道德的认定标准，但是其针对的是某一行业，具有一定的广泛性，所以在对关键词隐性使用行为是否符合商业道德进行认定时，还应当将经营者的利益、消费者的利益以及社会公共利益等多方面的利益进行协调与平衡，将该行为对各方利益的影响纳入商业道德的认定标准中予以考虑。

5. 结语

关键词隐性使用行为是当今互联网领域中产生的一种新型竞争商业模式，对该行为正当性的认定不

能仅保护个别主体的利益，而应该采用三元叠加的利益衡量模式，对网络经营者、消费者以及社会公共利益等多方主体的利益进行综合考量，不能仅仅因为该行为挤占了商标权人的竞争机会就判断该行为不具有正当性，构成不正当竞争。同时对关键词隐性使用行为应当做出具体的分类细化，从而选择合适的法律规定进行规制。在具体的关键词隐性使用案件中，应当根据搜索引擎的搜索结果界面展现的内容是否能够对商标权人的商品或者服务和行为人的商品或者服务进行明显区分判断消费者是否会对搜索结果产生混淆，行为人实施关键词隐性使用行为的目的和手段以及该行为是否对经营者、消费者以及社会公共利益产生损害、扰乱竞争秩序进行综合衡量，如果该行为并不会使消费者产生混淆，或者仅仅只是在正常范围内产生了一种竞争机会，并不会对商标权人的利益产生损害，甚至有利于消费者“货比三家”，选择符合自己心意的商品或服务，促进市场的竞争秩序，那么此时该行为对社会的整体福利的提升是有利的，反而应当允许这种关键词隐性使用行为，不应当将其认定为不正当竞争行为。

参考文献

- [1] 赵志强, 黄晨, 张琰. 隐性使用搜索关键词进行商业推广的性质[J]. 人民司法, 2023(14): 4-8.
- [2] 知产财经. 周樾平: 搜索关键词商标隐性使用是否构成不正当竞争行为——最高法院“海亮”案裁判观点评析[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/yAACepA63tVrwyp6hbWqeQ>, 2023-11-14.
- [3] 熊文邦. 互联网不正当竞争行为司法认定中的利益衡量与平衡路径[J]. 中国应用法学, 2022(4): 189-198.
- [4] 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[J]. 法学, 2017(5): 126-138.
- [5] 杨华权, 崔贝贝. 论反不正当竞争法中的公共利益——以网络竞争纠纷为例[J]. 北京理工大学学报(社会科学版), 2016, 18(3): 121-128.
- [6] 梁上上. 利益衡量论[M]. 第3版. 北京: 大学出版社, 2021.
- [7] 知产财经. 陈为: 竞价排名中关键词隐性使用的司法认定[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/0MaJsOlqNaL2qtjmm8gSOQ>, 2023-10-25.
- [8] 刘维. 论隐性使用搜索关键词的反不正当竞争法规制[J]. 南大法学, 2023(6): 15-27.
- [9] 孙海波. “同案同判”: 并非虚构的法治神话[J]. 法学家, 2019(5): 141-157, 195-196.
- [10] 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(1): 64-80.
- [11] 聂童. 数据抓取行为竞争法规制中的利益衡量研究[J]. 网络安全与数据治理, 2023, 42(10): 55-59.
- [12] 杨宇航. 论新型不正当竞争行为认定中的“利益衡量”——以视频贴片广告屏蔽为例[J]. 北京化工大学学报(社会科学版), 2019(2): 50-56.
- [13] 张铁薇, 林秋. 数据利用正当性判断: 比例原则约束下的利益衡量[J]. 商业研究, 2023(6): 143-152.
- [14] 李生龙. 互联网领域公认商业道德研究[J]. 法律适用, 2015(9): 57-61.