

商标反向假冒行为及其法律规制 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E5_95_86_E6_A0_87_E5_8F_8D_E5_c122_483794.htm

商标反向假冒行为在我国一经出现即引起经济学界及法学界的广泛关注，并引发了关于商标反向假冒行为的激烈讨论。本文着重分析并评价商标反向假冒行为的各项基础性问题，并试图提出自己的见解。

一、商标反向假冒行为的表现形式、危害及规制之必要性

商标反向假冒行为是指未经商标权利人的许可，将其使用在商品上的商标去除后换上自己的商标，将他人的商品冒充自己的商品出售或拟出售，以牟取不正当利益的行为。根据对商品变更程度的不同，商标反向假冒行为的表现形式呈现以下两种：整体反向假冒，即保持所涉及商品的原样，对其本身不做任何变更，而只是作了商标的替换；部分反向假冒，即对所涉及商品作了拆分，只利用该商品的局部，或者将该商品的局部应用到自己商品之上另构成一个整体，然后在自己商标名下予以出售。商标反向假冒行为的行为人在主观上是出于故意，其目的是为了获取不正当利益，或牟取暴利，盗用的是他人商品的质量信誉，因而该行为对原商标所有人的商誉或经济利益具有现实或潜在的危害性。另外行为人隐瞒了商品的真实来源，其正是通过蒙蔽消费者，使消费者在不知商品真实情况的状况下做出购买的决定，来实现其牟取不正当利益的目的。可见商标反向假冒行为的危害不仅及于原商标所有权人，也及于消费者。商标反向假冒行为显然危害性较大。因而采取相关法律措施对其进行有效规制是摆在我们面前的一项刻不容缓的任务。

二、商标反向假冒行为

的性质认定 若要对商标反向假冒行为进行有效规制，首先必须对其进行准确的性质认定。反向假冒这一概念最早见于1946年美国成文商标法即兰哈姆法(Lanham Act)第43条(a)款，此外加拿大、意大利、葡萄牙等国对此也有不同的法律进行了规定。而这一概念对于我国来说纯属舶来之品，正因为此，国内学者对其理解也不尽一致，争论颇多，加上原有法律、法规的欠缺，使得这一行为一直缺乏有利的处断依据。所幸的是在各方学者的共同努力下，2001年10月新修订的《商标法》出台，其第52条规定“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”，属侵犯注册商标专用权行为。本条文的确立结束了多年来法学界关于商标反向假冒行为是否属侵犯商标权的争议，也给执法者处置相关案件提供了具体依据。由此可见商标反向假冒行为已明确规定属于商标侵权行为，但笔者认为商标反向假冒行为同时亦属于不正当竞争之行为，下面着重阐述之。正常健康的市场经济需要公平的竞争秩序来加以推动。反不正当竞争法主要是通过防范和制止妨害市场竞争秩序的不正当竞争行为对经营者的市场行为加以规范，以期达到保护竞争者以及消费者的合法权益，维护公平的竞争秩序的立法目的。虽然目前我国《反不正当竞争法》中的具体条款未将商标反向假冒行为列为规范对象之一，但是从我国《反不正当竞争法》的总则部分第2条的精神，以及比较国外的立法实践，笔者认为《反不正当竞争法》应当包含对商标反向假冒行为的规定。我国《反不正当竞争法》第2条第1、第2款作了如下规定：“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”，“本法所称的不正

当竞争是指经营者违反本法规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为”。而实施商标反向假冒行为的人恰恰违反了该规定。首先，商标反向假冒行为人实施商标替换行为，从而隐瞒了商品的真实来源，其混淆视听、误导消费者的做法纯属欺诈，哪里谈得上诚实与信用呢？又何从谈起商业道德呢？其次，商标反向假冒行为人如此作为的目的在于牟取不正当利益，不管其主观动机如何，在客观上都对商品原所有人的经营造成了不良影响。如果行为人以自己的知名商标替换别人的不知名商标，并加价销售，虽说在某种程度上有提高原商标所有权人商品信誉的可能，但从长远看，无疑侵犯了本该属于原商标所有权人的市场份额，抑制了其推广、提升自己的品牌的能力。商标反向假冒行为直接违反了我国《反不正当竞争法》第2条之规定，只是从我国的《反不正当竞争法》之立法体例这一角度来说，有学者对于该法第2条是否具有帝王条款之地位有不同意见。如果承认该第2条是《反不正当竞争法》之帝王条款，则一切该法所列之具体不正当竞争行为所未包括的但与总则第2条之规定相违背的行为，均可以视为不正当竞争行为，由该法予以处理；如果不承认该条款的帝王条款地位，则因为《反不正当竞争法》所列之具体不正当竞争行为未有与商标反向假冒行为相符合之规定，且该法又没有兜底条款，所以用《反不正当竞争法》对商标反向假冒行为进行规制实难找出具体依据。在国际上将反向假冒行为视为不正当竞争行为而对待的有如下情况：例如在德国，《商标法》并不对商标反向假冒行为进行规制，而在1909年颁布的《反不正当竞争法》中，以概括条款的形式在第1条规定：“凡在商业交易中以竞争为目的违背

善良风俗者，可请求其不作为和损害赔偿。”可见其禁止商标反向假冒的侧重点在于保护竞争者的利益，维护正常的竞争秩序。日本、荷兰等国也将禁止商标反向假冒行为的规定列入《反不正当竞争法》中。此外按照欧洲法院1997年的判例，禁止撤换他人注册商标也是在《反不正当竞争法》(即欧共体《罗马条例》)第36条中。另外商标反向假冒的主要特征也为《保护工业产权巴黎公约》第10条之二“不正当竞争”条款所涵盖，因而在此它也被看作一种不正当竞争行为。通过以上的分析和比较，可见将商标反向假冒行为定性为不正当竞争行为有着相当的理论和实践根据。对于我国来说最关键的一点是对目前《反不正当竞争法》之立法体例要进行重新探讨，应当在相关司法解释和司法实践中明确《反不正当竞争法》第2条作为帝王条款的地位，这样方能弥补该法所列举的具体不正当竞争行为之不足，因为司法实践中可能出现的新情况无法穷尽，不可能一一尽数，我们只有抓住其最基本最本质的特征这一准绳，方能应对各种具体状况，并及时加以规范和调整。在关于商标反向假冒行为的定性问题上，还有学者主张商标反向假冒行为属商标权滥用，笔者认为值得商榷。商标权滥用也就是权利滥用，而对于权利滥用的禁止属于民法的基本原则之一。笔者认为，对某一民事行为进行性质上的界定，应从民法典的子部门法中去寻求根据与答案，这样方可得出准确而又具体的结论，才能更好地理解把握该民事行为的本质特征，如果从其触犯了民法的基本原则来考虑，则得出的的是一个上位概念，我们通常只有在民法的子部门法中找不到具体的规定时才会援引民法的基本原则对其进行定性。商标反向假冒行为诚然属于商标权利滥用，但

在商标侵权中已有具体准确的规定，我们又何必强行将其拉入一个更高更笼统的层次呢，试想又有哪一类非法的民事行为不属于权利滥用呢？所以笔者认为不宜将其定性为商标权利滥用，否则只会将其复杂化。

三、商标反向假冒行为的法律规制

通过前文对商标反向假冒行为之表现形式、危害及性质的分析论述，可见对其进行规制的必要性。但是如何对其进行法律规制，这是法学界，特别是司法界关注的问题。世界各国对于商标反向假冒行为立法基本上表现为两种模式，一种是将该行为视作商标侵权而通过商标法作出禁止性规定。另一种不是从侵犯商标权角度，而是从禁止不正当竞争的角度来看待商标反向假冒的，它们把禁止商标反向假冒放到不正当竞争法中。另外，《建立世界知识产权组织公约》也把它看作是一种不正当竞争行为而予以禁止。我国新修订的《商标法》已明确地将商标反向假冒行为视作商标侵权行为，所以对于商标反向假冒行为可以用商标侵权对其进行规制。笔者认为除此之外，还应该同时适用《反不正当竞争法》对其进行规制，因为商标反向假冒行为虽直接涉及商标使用的行为，却又具有很浓的不正当竞争色彩。并且同时使用两部法律对其进行规制还有如下原因：一方面《商标法》很难做到对注册商标进行全面的保护，另一方面由于反不正当竞争保护与商标保护在市场上的必然联系，《反不正当竞争法》与《商标法》存在部分规定交叉与重叠的情况，其中有些是不可避免的，甚至是必要的。有人曾形象地把传统知识产权的三项主要法律(专利法、商标法、版权法)比作三座浮在海面上的冰山，而把《反不正当竞争法》比作在下面托着这三座山的水，《商标法》管不到的假冒商标活动，还可以由《

反不正当竞争法》来兜底。所以将商标反向假冒行为同时纳入《反不正当竞争法》来规制以及完善我国的《反不正当竞争法》使之能真正弥补知识产权法律的不足是很有必要的。

四、商标反向假冒行为之法律适用 既然商标反向假冒行为同时具备两种法律性质，同时接受两部法律的调整，所以在法律适用问题上必然存在冲突。那么商标反向假冒行为的受损害方该如何行使自己的权利寻求司法救济呢?笔者认为，既然同一行为触犯了两个不同的法律，二者存在竞合之处，则可以由受损害方即原商标所有权人自由选择其中一种对其有利的诉讼方式来寻求司法救济。如果其意欲提起商标侵权之诉，则应着重强调被告未经原告方许可而擅自撤换商标的行为；如果提起不正当竞争之诉，则应重在证明被告之举隐瞒了商品的真实来源。作为消费者的一方也会成为商标反向假冒行为的受害者，那么消费者可根据《消费者权益保护法》中关于消费者享有知情权的相关规定向行为人提起欺诈之诉。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com