

商标反向假冒行为之探讨 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_95_86_E6_A0_87_E5_8F_8D_E5_c122_485402.htm

摘要：随着市场经济竞争的日趋激烈，商标反向假冒行为日益突出，为了加强对商标的保护，应明确商标反向假冒行为的性质、商标反向假冒行为的法律适用问题，并提出了完善我国现有相关法律制度的建议。关键词：商标反向假冒 不正当竞争行为 法律制度 伴随2001年10月27日新商标法的公布与实施，商标反向假冒行为似乎有了定性和规制的法律，但学者们对商标反向假冒行为究竟是一种什么性质的行为、应该受到什么样的法律调整的研究并未止步，本文试图就上述问题进行探讨。一 商标反向假冒行为的界定和种类 （一）商标反向假冒行为的界定 “仿冒”或者“仿冒行为”一词是来自英美法国家的“passing off”(1)的翻译语，很早就是英美普通法中的不公平竞争法上的可诉行为，在判例中是与商业信誉有关的不正当竞争行为。“反向仿冒”或者“反向仿冒行为”是与“仿冒”或者“仿冒行为”比较而来的产物，与仿冒行为反其道而行的是，仿冒行为是将其自己的商品假冒成他人的商品而销售，反向假冒则是将他人的商品冒充自己的商品而销售。(2)我们认为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准备出售，以牟取不正当利益的行为。这里的商标既包括注册商标也包括未经注册的商标，具体说可能有双方的商标都注册、只有一方的商标注册、双方的商标都未注册三种情况。 （二）商标反向假冒行为的种类

根据对商品的变更程度不同，商标反向假冒行为分为整体反向假冒和部分反向假冒，整体反向假冒就是不改变商品的原样而只做商标的替换，部分反向假冒指只利用商品的一部分，或将其中的一部分应用到自己的商品上，再在此商品上使用自己的商标。商标反向假冒行为有两种表现形式：一种是购买他人的产品摘除他人的商标，换上自己的商标进行商品销售，此种属于显性反向假冒，另一种是购买他人的产品，摘除他人商标在无商标的情况下进行销售，此种属于隐性反向假冒，无论是显性反向假冒还是隐性反向假冒，两种行为的共同特点是购买他人产品摘除商标后再投入市场进行销售。

二 商标反向假冒行为的性质分析 伴随着市场经济时代竞争的日益激烈，商标反向假冒行为不断出现，如何分析该种行为的性质，理论界出现了多种观点，大致有如下几种：1 商标反向假冒行为构成侵犯商标使用权(3)2 商标反向假冒行为不构成商标侵权，但构成不正当竞争、并损害消费者利益。(4)3 商标反向假冒行为不构成任何侵权(5)4 商标反向假冒行为不构成商标侵权和不正当竞争，但是损害了消费者利益。(6) 对此我们拟做如下分析：（一）商标反向假冒行为是否构成侵犯商标权 商标权是指商标所有人对其注册商标进行支配的权利。商标权是个集合概念，从权利内容上看，包括专有使用权（简称专有权）、禁止权、转让权、使用许可权等，其中商标专用权是一项最基本的权利，即商标所有人有权按照自己的意志使用注册商标并禁止其他人未经许可使用，其他权利则是由商标专用权派生而来的，没有商标专用权，商标权也就失去了意义。商标专用权是商标权人对其注册商标专有使用的权利，但其范围是从商标和商品两个方面的结合加

以界定的,《商标法》第51条规定:“注册商标的专用权以核准注册的商标和核定使用的商品为限。”商标的基本功能就是区别不同企业的产品,特定的商品总是同特定的商标联系在一起,正是靠这些商标引导人们从众多商品中选择某一商品的。产品的生产者就是想通过商标贴附在产品上来表达此产品为自己生产的意志,而商标反向假冒行为通过摘除商标将产品生产者要表达的意志阻断,无法使商品和商标联系在一起,影响了商标所有人对商标的专有使用权,因此构成侵犯商标权。商标权用尽也称商标权利利用尽,是指经商标权所有人或其本人同意将带有商标的产品投放市场后,任何人使用或销售该商品,商标权人无权禁止,就是说一旦商标所有人使用了商标并将商品售出后,任何人都可在贸易活动中继续使用该注册商标销售商品,因为商标权利人已经行使了他应有的权利,权利因行使而穷竭。商标权用尽只能限定在一定的范围内:贴附商标的商品经商标权人同意投放市场后商标权人不得借口自己的商标权禁止销售该商品,即在正常的商品流通中,只要保证商标与最终消费者能够接触,商标权人就不能干涉。所以当商标被反向假冒时,就不能保证商标与最终消费者接触,商标权人就有权禁止他人摘除其商标,“商标权利利用尽”的经典表述正能说明这个问题:“1 商标所有人或经其同意将带商标的商品在共同体内投放市场后,商标赋予其所有人的权利不得用来禁止在该商品上使用该商标。2 商标所有人有正当理由对抗商品的进一步商业流通,尤其是商品状况在投放市场后遭到改变或损坏时,不适用第1款的规定。”(7)认定商标反向假冒侵权行为应该符合如下两个条件:一是须行为人未经商标所有人同意而擅自更

换商标。未经许可是构成侵权的必要条件，排除自愿为他人提供产品的情况，如来料加工、来样加工等贸易行为，此种经营关系是双方自愿建立的。二是撤换商标的行为须发生在商品流通过程之中，尚未达到消费者手中。如果带有原商标的商品已经到达消费者手中，商标已经达到其目的，商标权的行使即结束。消费者对属于自己财物上的商标如何处置，商标权人都无权干涉。总之，我们认为商标反向假冒行为构成侵犯商标权。

（二）商标反向假冒行为是否为不正当竞争行为 正如前文对商标反向假冒行为的界定，当商标所有人的商标是未注册商标(8)时，商标反向假冒行为就不受《商标法》的保护，因为我国《商标法》采取自愿注册原则，并不禁止未注册商标的使用，但不保护。那么此时商标反向假冒行为是否构成侵权呢？我们认为此时商标反向假冒行为妨碍商标所有人通过商标从事商品竞争，追求经济利益的合法权益，而且造成商品流通秩序混乱，是不正当竞争行为。商标反向假冒行为对商品的真正生产者来说是一种不正当竞争行为。理由如下：1 商标反向假冒行为的主体是经营者，而不是与之相对的消费者。商标反向假冒行为的主体是与商标所有人的产品生产者或销售者具有竞争性质的销售者或生产者，如：1994年的“枫叶”诉“鳄鱼”不正当竞争案中“鳄鱼”品牌销售者就是经营者。2 商标反向假冒行为是一种竞争行为。商标反向假冒行为就是经营者之间争夺消费者的关系，并意图排挤竞争对手。3 商标反向假冒行为是一种违法行为。商标反向假冒行为不诚实地利用他人商品为自己创造信誉，或者用他人产品为自己获取暴利，对产品的来源做虚假的表示，违反了《反不正当竞争法》的诚实信用原则。4 商标反

向假冒行为损害了产品生产者的合法权益。商标反向假冒行为者用他人的产品为自己创造品牌，树立自己商标的信誉，其目的是为了争夺市场，结果损害了商品生产者的利益，使其市场份额减少。5商标反向假冒行为扰乱市场经济秩序。正当的竞争行为是通过提高产品质量，改进生产技术，降低生产成本，提高信誉来增强竞争力。而商标反向假冒行为是通过对产品来源的虚假表示抢夺市场，获取暴利，客观上扰乱了市场竞争秩序，危害性极大。为了市场经济的正当竞争，应对此行为加以规制，提高经济效益。“我把开展竞争看做是不断提高效率以及合理分配国民经济的最好保证。”(9)是对规制商标反向假冒行为意义最好的证明。因此我们认为商标反向假冒行为是不正当竞争行为。

三 商标反向假冒行为的法律适用问题 商标不论是注册的还是没有注册的，只要是合法的，都应该受保护。不论是注册商标还是未注册商标，只要在市场上发生反向假冒行为，就会产生对竞争秩序的危害和对消费者权益的侵害，因此反不正当竞争法对所有的商标反向假冒行为都应该加以规范，但要从竞争法的角度进行规范，即将商标作为一种商品标志进行规范。《商标法》和《反不正当竞争法》是特别法和一般法的关系，《商标法》对已经注册的商标的反向假冒行为加以规制的，就不需要《反不正当竞争法》加以规制。因此我们认为我国《商标法》、《反不正当竞争法》应分别依据不同的商标反向假冒行为作出禁止性规定。对于已经注册的商标被反向假冒行为应适用2001年10月27日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国商标法〉的决定》，该决定第七章注册商标

专用权的保护第52条规定有下列行为之一的,均属侵犯注册商标专用权的行为:(1)未经商标注册人的许可,在同一种商品或类似商品上使用与注册商标相同或近似的商标的.(2)销售侵犯注册商标专用的商品的.(3)伪造、擅自制造他人注册商标标识或销售伪造、擅自制造的注册商标标识的.(4)未经商标注册人的同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的.(5)给他人的注册商标专用权造成其他损害的,根据商标法的相关责任规定加以处罚。商标反向假冒行为从本质上讲也符合不正当竞争行为的特征,世界上大多数国家也将商标反向假冒行为作为不正当竞争行为规定在反不正当竞争法中。对于未经过注册的商标被反向假冒的行为应该依据《反不正当竞争法》进行调整,但我们应该依据《反不正当竞争法》的那一条款进行调整那?似乎没有明确的依据。有的学者认为应该依据《反不正当竞争法》第5条第4项的虚假表示和第9条虚假宣传以及第11条低价竞销进行调整。(10)但我们根据条款的涵义无法得出是规制商标反向假冒行为的条款。因为第5条第4项说的对商品质量作引人误解的虚假表示,指的是对商品的原料成分、制作过程、技术工艺、品质性能、生产日期、有效日期、适用范围等做夸大失实的标注,使消费者难以准确了解商品的真实情况,误导消费者,损害消费者合法权益。而不是规制商标反向假冒行为,而第9条则是: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。只能是规制商标反向假冒行为中的利用广告等方法对其反向假冒产品进行宣传的情况,无法涵盖全部的情况。而第11条是:经营者不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格

格销售商品，而商标反向假冒行为一般都是在成本价格以上进行销售，所以也不能很好的来规制，需要利用《反不正当竞争法》第2条的一般条款来进行规制，才能涵盖商标反向假冒行为的各种表现方式。但第2条是一个有限的一般条款，需要加以完善。

四 完善我国现有相关法律制度的建议

在完善我国《商标法》的基础上，重点应该完善的是《反不正当竞争法》第2条的一般条款，对《反不正当竞争法》“一般条款”的理解有：1法定主义观点⁽¹⁾，2“一般条款”说⁽²⁾，3有限的“一般条款”说⁽³⁾，我们认为有限的一般条款，应该不断的完善，主要是对不正当竞争行为的界定。可以从以下几方面进行完善：第一 不正当竞争行为是采用不正当的手段、方式争取交易机会的行为，是违法行为。第二 实施不正当竞争行为的主体是一切从事市场交易活动、实施不正当竞争行为和限制竞争行为的组织和个人。第三 从主观方面来看不正当竞争行为人往往具有排挤竞争对手，夺取市场，谋求更高利润的目的，一般来说是具有恶意的，具有故意的主观心理状态。第四 从不正当竞争行为侵犯的客体看，首先是扰乱市场经济秩序，同时也损害其他经营者的利益，而且还损害消费者的合法权益。第五 从客观方面看，不正当竞争是种“行为”，行为的主体必须实施了以不正当的方法、手段进行竞争这样的行为，才违反《反不正当竞争法》，才要承担相应的法律责任。因此我们可以将不正当竞争行为表述为：“行为主体违背诚实信用原则，进行的损害或可能损害其他行为主体和消费者合法权益，扰乱社会主义市场经济秩序的行为，是不正当竞争行为。”并在第2条第3款界定行为主体的含义，行为主体是指一切从事市场交易活动、实施不正当竞争行为

和限制竞争行为的组织和个人。明确了一般条款，也应规定相应法律责任，否则“一般条款”也就失去其存在价值。这样才能更好的规制商标反向假冒行为。总结：随着企业知识产权保护意识的增强，商标越来越受到人们的重视。我们不仅要保护自己现有的商标，同时在注册新商标时也要注意不能侵犯其他企业现有的商标，我们通过对商标反向假冒行为的探讨，以期能够为企业保护商标提供应有的帮助。注释：(1) 也有是从palming off翻译过来的，不过palming off和passing off一词为同义词(2) John T.Cross, “ GIVING CREDIT WHERE CREDIT IS DUE : THE DOCTRINE OF REVERSR PASSING OFF IN TRADEMARK LAW ” ,WSHINGTON LAW REVIEW,VOL.72.B.W. Pattishalletc., “ Trade Marks and Unfair Competition ” ,M.Bender Publishing 1996,P 203 (3) 持此类观点的学者有张玉敏、王法强 《论商标反向假冒的性质??兼谈商标权的使用权》 知识产权（双月刊）2004年第1期(4) 持此类观点的学者有黄勤南、段广平 《反向假冒商标行为法律研究》 政法论坛 1999 01(5) 韦之、白洪娟 《反向假冒质疑》 知识产权（双月刊）2004年第1期(6) 郭禾主编 《知识产权案例分析》 中国人民大学出版社2000年4月第1版第238?242页(7) 欧共体 《协调成员国商标立法1988年12月21日欧洲共同体理事会第一号指令》 第七条(8) 此处不包括经国家工商行政管理总局认定的未注册的驰名商标(9) [德] 艾哈德 《来自竞争的繁荣》 第116页(10) 黄勤南、段广平 《反向假冒商标行为法律研究》 政法论坛 1999 01(11) 《反不正当竞争法实用全书》， 法律出版社， 第29页(12) 邵建东著 《中国竞争法》 江西人民出版社 1994年 40?43页(13) 孔祥俊著 《反不正当竞争法适用和完善》

法律出版社 1998年第54页 （作者：谷博，河南文丰律师事务所） 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