

商标平行进口的反不正当竞争法适用分析

熊亦欣

华东政法大学知识产权学院, 上海

收稿日期: 2023年11月8日; 录用日期: 2024年1月2日; 发布日期: 2024年1月10日

摘要

商标平行进口行为在涉及商标侵权的同时, 还引发了不正当竞争纠纷, 而相关判决未对商标平行进口行为进行充分的不正当竞争分析。本文聚焦商标平行进口行为本身, 以反不正当竞争法的规范方法, 从“原告存在值得保护的竞争利益、原被告存在具体竞争关系、被告实施损害该竞争利益的行为”三个层面出发判断商标平行进口行为是否具有不正当性, 并进一步通过对消费者福利、商业道德以及自由竞争三方面的考量进行竞争评估, 判断是否应当以反不正当竞争法规制商标平行进口行为, 以期为解决商标平行进口纠纷提供新的思路。

关键词

商标, 平行进口, 反不正当竞争法

Analysis on the Application of Anti-Unfair Competition Law in Trademark Parallel Import

Yixin Xiong

School of Intellectual Property, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 8th, 2023; accepted: Jan. 2nd, 2024; published: Jan. 10th, 2024

Abstract

Parallel import of trademarks not only involves trademark infringement disputes, but also leads to unfair competition disputes, and the relevant judgment has not carried out sufficient analysis of unfair competition. This paper focuses on the act of parallel import of trademarks itself, and uses the normative method of anti-unfair competition law to judge whether the act of parallel import of trademarks is unfair from three aspects: “the plaintiff has competitive interests worth protecting,

the original defendant has specific competitive relationship, and the defendant has committed an act that damages the competitive interests". And further through the "consumer welfare, business ethics and free competition" three aspects of the competition evaluation, judge whether the anti-unfair competition law should regulate the trademark parallel import behavior, in order to provide a new way to solve the trademark parallel import disputes.

Keywords

Trademark, Parallel Import, Anti-Unfair Competition Law

Copyright © 2024 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

商标平行进口是指当某一商标获得两个或两个以上国家之保护，第三人未经进口国商标权人或其授权人许可，进口并销售合法使用注册商标商品的行为[1]。在贸易全球化与商业自由化的大背景下，随着国内市场开放程度提升和国际资本流入增加，平行进口行为日益增多，由于我国《专利法》已将专利平行进口行为合法化，因商标平行进口引发的纠纷显得尤为突出。商标平行进口作为一种客观现象，是商品自由流通、市场自由竞争的结果，与一国商贸政策密切相关；从法律视角出发，商标平行进口是知识产权地域性与权利用尽原则冲突的体现，其中涉及包括进口国商标权人、进口国商标被许可人、平行进口商、进口国消费者等利益相关方，平行进口商在进口国内与诸多市场主体存在利益交集[2]。商标平行进口不仅是商标问题，也是市场竞争问题。

在商品为正品的商标平行进口问题中，《商标法》一直未对平行进口作出明确表态，我国司法实践基于对外贸易政策的变化，对于平行进口的商标问题态度日渐宽松，从早期判定商标侵权逐渐转变至倾向认定不侵犯商标权。但是，商标平行进口还涉及市场竞争利益，认定不侵犯商标权仅是解决平行进口导致的商标侵权纠纷，而未解决其中的竞争利益冲突。故当司法实践展现出平行进口非商标侵权的判决倾向后，当事人开始同时提出商标侵权和不正当竞争的诉讼请求，以求获得充分保护[3]。在知识产权体系中，《反不正当竞争法》(以下简称“反法”)被视为兜底法律，发挥着查漏补缺的作用，保护现有知识产权法律尚未涉及的其他权益[4]。由于在知识产权领域的特殊地位及其独立体系，反法有其固有的适用位阶和分析方法。作为兜底法律的反法，在适用上应保持谦抑性，只有在专门法无法规制时才能考虑适用[5]。而正因《商标法》的规制力度逐渐减弱，同时商标平行进口涉及市场竞争秩序的规范而落入反法的调整范围之内，所以启动反不正当竞争法处理商标平行进口问题具有了必要性。因此，本文旨在分析商标平行进口行为是否构成不正当竞争，以回应实践中以反不正当竞争法规制商标平行进口的诉求，探索处理商标平行进口问题的新思路。

2. 商标平行进口适用反不正当竞争法的分析范式

对于商标平行进口问题，应当从反不正当竞争法视角出发，以反法的规范方法进行分析。

首先，应当将分析对象聚焦于商标平行进口行为本身，判断商标平行进口行为是否构成不正当竞争。司法实践中，相关判决的关注焦点并不在商标平行进口行为，而在于进口后使用商标商品的附加行为，通过认定附加行为的不正当性否定进口商对商标商品的使用行为；而商标平行进口行为本身是

否构成不正当竞争，在理论与实践上尚未得到充分论证。平行进口中的附加使用行为是否不当并不能决定进口行为的正当性，不正当竞争的分析应围绕商标平行进口行为展开。故本文对于平行进口的附加行为不予讨论。

其次，应当采取反不正当竞争法的范式分析路径。在涉及不正当竞争商标平行进口案件中，相关判决并未依照反法的规范步骤分析商标平行进口行为，而是多以价值观、利益平衡、政策考量等因素论证。虽然商标平行进口行为符合《反不正当竞争法》第6条第一项规定的“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”，但是，符合反法规定的具体不正当竞争行为并不能等同于商标平行进口行为应当受到反法规制。根据反法的结构，不正当竞争行为的认定步骤应为“相关行为→符合《反不正当竞争法》第2条→符合《反不正当竞争法》规定之具体不正当竞争行为”[6]。因此，竞争行为是否构成不正当竞争，应当首先判断是否符合反法第二条，即判断行为是否具有不正当性。在此应遵循“竞争利益-竞争关系-竞争损害-竞争评估”的分析范式，依次考虑“原告是否存在值得保护的竞争利益、原被告之间是否存在具体竞争关系、被告的竞争行为是否使原告竞争利益受损”三个构成要件，初步判断商标平行进口是否具有不正当性，最后通过消费者福利、商业道德以及自由竞争三个角度进行综合竞争评估，判断商标平行进口行为是否应当受到反法规制[7]。

下文将根据上述反法分析范式，判断商标平行进口行为是否构成不正当竞争。

3. 商标平行进口是否具有不正当性

3.1. 国内商标权人是否存在值得保护的竞争利益

“竞争利益”要件旨在判断国内商标权人有无竞争利益、竞争利益为何、是否存在获得保护的可能性。若不存在值得保护的竞争利益，则国内商标权人不会因平行进口行为受损。竞争利益要求该利益是特定的、合法的以及属于市场竞争优势[7]。此处的国内商标权人包括了商标所有人和商标被许可人。在商标平行进口中，进口商在未经国内商标权人许可的情况下，将商标的国外正品进口至国内，使得进口国市场上出现了商标权人意料之外的商标外国商品以及不受商标权人控制的商品来源，使得商标权人在进口国的市场战略受到干预，同时平行进口商还存在利用商标国内商誉的“搭便车”之嫌。因此，商标平行进口中存在三种可能的竞争利益：商标许可使用权、商标在进口国内的市场战略、商标的国内商誉。

首先，商标许可使用权可以构成竞争利益。商标许可使用权来源于商标所有人对商标合法的垄断性权利，通过独占或排他的许可协议达成对商标垄断的部分让渡同样符合法律规定，因此商标许可使用权无疑是合法的。而获得商标许可使用权，往往意味着被许可人进入了商标品牌的经营体系，具有内部供应链调配货物、门店铺面的统一装潢、服务售后垂直管理等种种优势，有利于降本增益，同时由于有了商标品牌的商誉背书，更易于获得消费者的信赖，因此商标许可使用权属于市场竞争优势。而竞争利益特定要件，要求竞争利益体现在经营过程及成果中，使外界可以预测行为是否会牵涉该竞争利益。商标许可使用权属于《商标法》明文规定的权利，其并非仅仅是对商标的授权使用，进入品牌体系带来的种种便利表明该竞争利益可存在于经营过程及成果中，且商标使用许可需向有关部门备案，外界易于了解商标的许可使用情况，而不会视之为行业惯例。因此，商标许可使用权属于竞争法意义上的竞争利益[8]。

其次，商标于进口国市场的战略布局并非竞争利益。国内商标权人在一国内对商标商品制定品牌战略布局是常见的商业行为，其合法性与可能的竞争优势不言而喻。但是，抽象的战略布局难以符合特定要件，品牌在一国市场的战略布局属于内部经营策略，难以为外界知晓，外界主动发现、了解该竞争利益无疑是困难的，平行进口商亦难以知晓商标品牌内情，其对于商标的市场战略不具有可预见性，因此对外界施加避让商标品牌战略的义务是不合理的。故国内商标权人对于进口国市场的战略布局并非竞争利益。

最后，商标的国内商誉可以构成竞争利益。在相关研究中，商标的国内商誉也往往被视为平行进口

可能损害的利益。商标的国内商誉一般源于国内商标权人在品牌经营方面所投入的营销成本以及在市场竞争中因商品或服务的质量而收获的声誉。商标在一国独有的商誉可以使商标商品具有消费者的信赖利益，这无疑是一种竞争优势，符合市场自由竞争规律，其合法性也无需赘述。同时，该利益是特定的，同一商标在不同国家的商誉是不同的，商誉虽然无形，但可以通过消费者和市场的反馈体现在反映在经营过程及成果中，并能够为外界客观感知[9]。因此，商标的国内商誉也属于竞争法意义上的竞争利益。

综上，在商标平行进口中，国内商标权人具有商标使用许可权与商标的国内商誉两种竞争利益。

3.2. 国内商标权人与进口商是否存在竞争关系

存在竞争关系，是不正当竞争发生的前提，也是反不正当竞争法的适用前提[10]。竞争关系，指市场主体之间在竞争过程中形成的社会关系。反不正当竞争法所考虑的应当是具体竞争关系，一方应是违法行为人或受益第三人，另一方应是竞争利益受损的经营者。若双方受益与受损属于能量转换式的产品、空间及时间的结果，则双方存在具体竞争关系。竞争关系分为直接竞争关系和潜在竞争关系，前者指双方在相关产品、空间及时间上的相关市场活动，后者指双方将在相关产品、空间及时间上的相关市场活动[11]。

在商标平行进口中，平行进口商与国内商标权人同为国内市场的经营者，满足竞争主体的条件，销售使用同一商标的相同产品，双方产品具有高度替代性，基于平行进口的价格优势而转向平行进口商的消费者即为从国内商标权人处流失的消费者，其中平行进口商即是受益人，而国内商标权人属于受损的经营者，其独家供应商的身份被破坏，利润空间也受到平行进口商品的影响，双方构成具体竞争中的直接竞争关系。因此，商标平行进口符合竞争关系要件。

3.3. 进口商是否造成国内商标权人竞争利益受损

进口商与国内商标权人存在竞争关系仅表明进口商确实存在损害商标权人竞争利益的可能，但不能就此推定国内商标权人的利益受到损害。损害要件要求商标权人受到的损害是竞争性损害，但由于竞争必然造成损害，因此应当包容正常竞争导致的损害，如分走竞争对手的消费者[12]。此外，损害不仅包括现实的损害，还包括即将造成的损害，同时该损害可以归因于不正当竞争行为。而在商标平行进口中，国内商标权人的前述两种竞争利益是否被侵害不能一概而论。

首先，商标平行进口不足以侵害国内商标权人因商标许可使用权享有的竞争利益。应当承认，商标平行进口对于商标的许可使用权确实造成了困扰。有判决认为，商标许可使用权基于合同约定产生，因此受合同相对性制约，约束力指向合同相对方而非不特定第三人；因此，第三人损害商标使用许可权的前提是商标权受到侵害¹。但是，该判决仅考虑了合同的相对性，而忽略了作为第三人的平行进口商可能导致合同履行不完全的情形。平行进口产品上市时，有可能破坏商标权人的独家经营地位，其消费群体被分流，导致商标权人在国内市场的优势地位受到减损。但是，从市场角度出发，使商标权人失去商品来源唯一性的因素并非仅有平行进口，商标权国内用尽导致国内市场上流通着二次销售的商标国内商品，也会使得消费者在国内获得其他商品渠道，而相较于二次销售的商标国内产品，平行进口商品只是因为价格优势更为明显。因此，商标权人在市场上绝对的独占经营地位本身即很难实现，并非因平行进口的出现才造成对该竞争利益的根本性减损，二者之间的因果关系不足。因此，商标平行进口不应被认定为损害了国内商标权人的商标许可使用权利益。

其次，商标平行进口在一定条件下确实可能减损商标权人因商标国内商誉享有的竞争利益。一方面，平行进口商进口并销售贴附权利商标的商品，会不可避免地借用权利商标的国内声誉而获取市场优势，并使得商标权人的利益分流，而平行进口商在享受商标带来的竞争优势时，并未向国内商标权人付酬。

¹广州知识产权法院(2019)粤73民终6944号民事判决书。

不过，由于平行进口商品对于商标的使用可以认定为表明商品来源的指示性使用，具有正当性，因此进口商的“搭便车”行为应当基于对自由竞争的保护而被容忍。另一方面，平行进口的商标外国商品与商标国内商品相比，可能因存在质量差异或者欠缺售后服务，导致商标的国内商誉减损[13]。不同于蹭商誉的“搭便车”情形，此时平行进口商品可能对商标的国内商誉造成负面影响，影响商标权人的正常竞争，可以认定为构成了对国内商标权人竞争利益的损害。

综上，在平行进口商品可能减损商标国内商誉的情况下，可以认定商标平行进口行为对国内商标权人的竞争利益造成损害。此时，由于同时符合竞争利益、竞争关系与竞争损害三要件，可以认定商标平行进口具有不正当性。

4. 对商标平行进口的竞争评估

通过三要件分析，可以初步判断商标平行进口行为具有不正当性。但是，基于反法维护市场自由竞争的价值取向，最后还需通过消费者福利、商业道德以及自由竞争三个角度进行竞争评估，判断商标平行进口行为是否应当受到反法规制。

首先，从消费者福利角度考量。消费者作为竞争行为的对象，在一定程度上决定着市场竞争结果。因此，对平行进口行为是否构成不正当竞争的评判，不能忽视对消费者权益的考量；而反不正当竞争法也旨在通过建立公平有序的市场竞争环境，提升消费体验并增进消费者福利[14]。而商标平行进口行为可以增加消费者福利。虽然平行进口商品低于商标国内商品的市场价格，但是该底价优势并非源于进口商低价竞争或欺骗消费者的恶意竞争，而是不同地域、不同成本的相同商标商品自由流通的结果。即使平行进口产品可能因品质或售后服务等差异而影响消费体验，但在竞争相对充分的理性市场中，面对平行进口商品的差异消费者会根据自身需求自行做出选择，市场将自动调节，尚无需反法介入；平行进口商品在价格上让利于消费者的同时，更提供了多元的交易选择，使得该商品市场获得更充分的竞争，并最终回馈给消费者。因此，商标平行进口有利于消费者。

其次，从商业道德角度考量。反不正当竞争法意义上的商业道德不同于个人品德或社会公德，商业道德以效益为先，与相关行业普遍接受的行业惯例密切相关，体现的是市场经济条件下的商业伦理。竞争行为带有争夺市场利益的固有属性，规范竞争行为的商业道德不一定符合社会道德的标准，但只要竞争行为的出发点是正当的，竞争手段是规范的，就符合商业道德[15]。具体到商标平行进口行为，进口商购买价格更低廉的商标外国商品从而降低经营成本，是市场主体理性追求利润最大化的正当选择，也为国内消费者带来了物美价廉的产品，让交易对象能够以更少的资金获取质量近似的商品，有利于市场资源分配效率的优化。因此，商标平行进口行为合乎商业道德。

最后，从维护市场自由竞争的角度考量。从平行进口的根源来看，平行进口的成因在于自由贸易条件下市场主体对经济利益最大化的追求。在生产成本、市场化程度和地方保护等因素导致不同地区相同产品出现价差的情况下，市场主体必然向其他销售区域寻求更低价的产品，进而发生平行进口行为。因此，商标平行进口实为全球一体化背景下商品自由流通的结果，而阻止平行进口本质上是对商标垄断性的巩固甚至扩张。反不正当竞争法的目的是自由竞争而非垄断，其对竞争利益的保护也并非绝对的，而是需要包容正常竞争造成的损害[16]。如果禁止商标平行进口，意味着禁止国内市场在商标商品内部的自由竞争，这对于当下我国对外开放的基本国策与开放包容的营商环境而言并不理想。实际上，在平行进口条件下，消费者的自由选择与经营者的自主决策可以实现良性互动，促进市场资源优化配置，更加充分地发挥市场自由竞争的价值。故而，商标平行进口行为有利于市场自由竞争。

综上，经竞争评估，商标平行进口有利于消费者福利、商业道德以及自由竞争，不应受到反不正当竞争法的规制。

5. 结语

知识产权司法保护应当以维护规范有序、公平竞争、充满活力的市场环境为己任,不应过度干涉市场竞争,限制市场活力。商标平行进口的不正当竞争纠纷产生于国际自由贸易的大背景下,与国家外贸政策、商标权人市场布局和消费者利益密不可分。作为一种商业模式,商标平行进口在发展中会不可避免地打破既有利益格局,在未达到法律介入的程度时,应当充分发挥市场机制作用,通过市场自主调节推动其完善。当考虑以反不正当竞争法规制商标平行进口时,应当遵循反不正当竞争法的分析范式,即使通过“三要件”分析初步证明商标平行进口行为具有不正当性,还应进一步进行竞争评估,充分考量反不正当竞争法的立法本意,商标平行进口由于有利于消费者福利、商业道德以及自由竞争,故不应受到反不正当竞争法的规制,避免反不正当竞争法对市场自由竞争过度干涉。

参考文献

- [1] 刘春田. 知识产权法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2015.
- [2] 陈栋. 商标平行进口司法适用规则探析[J]. 中华商标, 2016(6): 49-55.
- [3] 房祥美. 反不正当竞争法在商标平行进口纠纷中的作用分析——以 2012 年以来的 12 份裁判文书为样本[J]. 市场周刊, 2020(1): 164-166.
- [4] 曾玲. 知识产权法与反不正当竞争法的法律适用问题研究[J]. 市场周刊, 2021, 34(10): 157-159.
- [5] 谢晓尧. 超越荆棘的丛林: 也论反不正当竞争法之适用[J]. 知识产权, 2023(8): 3-29.
- [6] 刘岩. 商标平行进口不正当竞争认定研究[J]. 沈阳工业大学学报(社会科学版), 2019, 12(6): 505-513.
- [7] 黄武双, 谭宇航. 不正当竞争判断标准研究[J]. 知识产权, 2020(10): 23-40.
- [8] 何国华. 商标平行进口关系重心的位移与反不正当竞争法的补充规制[J]. 学术论, 2019, 42(6): 95-102.
- [9] 王志刚. 平行进口的竞争法律分析[J]. 当代法学, 2002(3): 130-132.
- [10] 北京市第一中级人民法院知识产权庭. 知识产权审判实务[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [11] 黄武双. 不正当竞争的判断步骤[J]. 科技与法律(中英文), 2021(3): 1-7+16.
- [12] 孔祥俊. 论反不正当竞争的基本范式[J]. 法学家, 2018(1): 50-67+193.
- [13] 魏剑光. 浅议反不正当竞争法对平行进口的规制[J]. 法制与社会, 2010(30): 101.
- [14] 卢纯昕. 反不正当竞争法中消费者利益的保护解读[J]. 法治论坛, 2018(1): 299-310.
- [15] 吴伟光. 对《反不正当竞争法》中竞争关系的批判与重构——以立法目的、商业道德与竞争关系之间的体系性理解为视角[J]. 当代法学, 2019, 33(1): 132-139.
- [16] 杨红军. 反不正当竞争法过度介入知识产品保护的问题及对策[J]. 武汉大学学报(哲学社会科学版), 2018, 71(4): 116-125.