

胡丹阳 | 重新包装再销售商标侵权问题研究

胡丹阳，华东政法大学知识产权学院博士研究生

目录

一、讨论前提：正当使用抑或商标性使用

- (一) 重新包装再销售与正当使用无关
- (二) 重新包装再销售构成商标性使用

二、域外借鉴：商标权用尽的适用条件

- (一) 欧盟对重新包装再销售的司法实践
- (二) 美国对重新包装再销售的司法实践
- (三) 重新包装再销售适用商标权用尽的条件

三、法律适用：商标侵权与不正当竞争的二元规制路径

- (一) 重新包装再销售构成商标侵权及其请求权基础
- (二) 重新包装再销售构成不正当竞争及其判断步骤

四、去伪存真：品质保证功能的应然定位

- (一) 品质保证功能是来源识别功能的另一表达
- (二) 品质保证功能没有单独存在的必要

结语

内容提要 关于重新包装再销售，我国司法实践同案不同判问题较为突出。重新包装再销售发挥商标“发信号”功能，与正当使用无涉，构成商标性使用。归纳欧盟与美国司法实践，提出区分重新包装再销售在商标权用尽与混淆可能性应考虑如下规则：行为人实质性改变重新包装的商品的，或者行为人使用有缺陷的、不整洁的、劣质的新包装的，不适用商标权用尽。但不适用商标权用尽并不代表一定构成商标侵权，普通商标侵权的判定以混淆可能性为核心，驰名商标的侵权判定以淡化可能性为核心。重新包装再销售侵犯普通商标权的，应适用《商标法》第五十七条第（一）项；权利人主张驰名商标反淡化保护的，应适用《商标法》第十三条。如果行为人仅将商标权人的散装商品包装成礼盒商品，其销售的商品并未实质性改变，新包装的品质也与旧包装品质相当，可能落入《反不正当竞争法》第二条的规制范围。品质保证功能是匿名来源理论的另一方面，并无单独存在必要。法院以品质保证功能受损为由，适用《商标法》第五十七条第（七）项，规制重新包装再销售行为，并不适当，反而可能不当扩张商标专用权的范围，模糊商标法与反不正当竞争法的界限。

关键词 重新包装再销售 正当使用 商标性使用 商标权用尽 混淆可能性 品质保证功能

重新包装，是指拆除商品原有包装，更换新包装，且新包装上附着商标权人标记的行为，其特征有三：首先，重新包装再销售的商品是正品，且该商品不存在权利瑕疵，换言之，商品是由商标权人或经其许可投入市场，行为人通过正规渠道购买的商品；其次，重新包装不是另行包装，因而行为人虽然更换包装，但未改变改变商标权人标记，倘若新包装上除去原标记，附着新标记或与原标记相近似标记，则属反向假冒，不在本文探讨范围之内；最后，行为人未经商标权人许可，商标权人对重新包装再销售行为并不知情。重新包装再销售，因可以打破权利人的定价策略，从中牟利，是市场主体常见的搭便车行为，相关案例并不鲜见。例如不二家（杭州）食品有限公司诉钱某某侵害商标权案¹（以下简称“不二家糖果案”）、老凤祥公司诉苏果超市（淮安）公司侵害商标权案²（以下简称“老凤祥铅笔案”）、李记谷庄诉德芳茶庄侵害商标权案³（以下简称“李记谷庄茶叶案”）、克鲁勃润滑剂（上海）有限公司与上海信裕润滑技术有限公司、邹明、袁建国侵害商标权纠纷案⁴（以下简称“克鲁勃润滑剂案”）等。

以上均属类似案件，但判决理由与结果并不相同。归纳起来，争议焦点如下：第一，重新包装再销售属于正当使用还是商标性使用？第二，行为人能否援引商标权用尽进行抗辩？第三，品质保障功能能否作为认定商标侵权的直接依据？种种问题，有待厘清。

一、讨论前提：正当使用抑或商标性使用

重新包装再销售的法律性质属于正当使用抑或商标性使用，是对其进行法律定性的首要问题。我国司法实践对该行为的法律性质存在不同观点。在老凤祥铅笔案中，被告对老凤祥公司生产的铅笔重新包装，并在自行制作的商品吊袋上使用了老凤祥公司的注册商标，法院认为此种行为仅为指示商品来源而善意、规范使用商标权人的商标，构成指示性正当使用。⁵李记谷庄茶叶案中，一审法院认为被告使用附有“李记谷庄”商标的环保包装袋符合商标的正当使用，不构成商

¹ 杭州市余杭区人民法院（2015）杭余知初字第416号民事判决书。

² 淮安市中级人民法院（2014）淮中知民初字第0007号民事判决书。

³ 深圳市福田区人民法院民事判决书（2012）深福法知民初字第652号；深圳市中级人民法院民事判决书（2013）深中法知民终字第738号。

⁴ 上海知识产权法院（2021）沪73民终596号民事判决书。

⁵ 淮安市中级人民法院（2014）淮中知民初字第0007号民事判决书。

标侵权。⁶但二审法院认为，被告行为属于在商业或贸易中使用，符合商标性使用，会使消费者发生间接混淆，因而改判为构成商标侵权。⁷在克鲁勃润滑剂案中，法院认为被告在分装小罐上贴附商标的行为，是为了向客户表明分装后的小罐润滑油来源于原告，以便获取更多的销量和更高额的利润，故不属于指示性使用等正当使用，应构成商标性使用。⁸

（一）重新包装再销售与正当使用无关

正当使用又称合理使用，是指经营者在商业活动中以善意的、正当的方式使用他人注册商标而不视为侵犯商标权的行为，主要包括描述性正当使用与指示性正当使用。⁹描述性正当使用（**descriptive fair use**），是指行为人在描述其商品或服务时对他人商标所进行的正当使用。¹⁰我国《商标法》第 59 条第 1 款是描述性正当使用的法律依据。描述性正当使用虽然往往涉及描述性标记，但不能将其适用范围限于描述性标记，暗示标记、任意标记同样存在适用描述性正当使用的可能。¹¹描述性正当使用的正当性，应符合以下几个条件：第一，使用目的，即为了说明或者叙述自己商品或服务，且不可避免地使用他人商标才能提供有关商品信息；第二，使用方式，即在标记的“原始含义”或“能指含义”上使用，属于“非商标意义上的使用”；第三，使用心态，即主观状态须出于善意，遵守诚实信用，无意造成商品来源混淆，不存在借用他人商誉的目的；第四，使用范围，即在合理范围内以描述性目的使用必需的文字、词汇，而没有涉及商标中的其他要素，并同时标有自己的商标。¹²质言之，描述性正当使用的构成，关键在于被告是否公平且准确地使用这些词汇，以描述自己的商品或服务。¹³

在重新包装再销售中，由于既不存在行为人自己的标记，也不存在行为人自己的商品或服务，因而无法适用描述性正当使用。即使认为行为人的包装行为属

⁶ 深圳市福田区人民法院（2012）深福法知民初字第 652 号民事判决书。

⁷ 深圳市中级人民法院（2013）深中法知民终字第 738 号民事判决书。

⁸ 上海市浦东新区人民法院（2020）沪 0115 民初 26507 号民事判决书。

⁹ 参见吴汉东：《知识产权法》，法律出版社 2021 年版，第 562 页。也有学者根据使用场景的不同，将合理使用分为“商业性合理使用”与“非商业性合理使用”，前者包括描述性合理使用与指示性合理使用，后者涉及滑稽模仿、新闻报道及评论、词典编纂等。显然，“非商业性合理使用”与重新包装再销售无关。

¹⁰ 参见刘明江：《商标权效力及其限制研究》，知识产权出版社 2010 年版，第 175 页。

¹¹ 参见刘明江：《商标权效力及其限制研究》，知识产权出版社 2010 年版，第 177 页。

¹² 参见吴汉东：《知识产权法》，法律出版社 2021 年版，第 567 页。

¹³ 参见孙敏洁：《商标保护与商业表达自由》，知识产权出版社 2013 年版，第 195 页。

于“服务”，行为人使用他人标记也并非在于描述此种“包装服务”。总之，描述性正当使用的定义决定了重新包装再销售并无适用空间。那么，重新包装是否可能构成指示性正当使用呢？这也是我国法院曾经认定的重新包装再销售的法律性质。

指示性正当使用（*nominative fair use*），是指第三人因描述其商品或服务而需要提及另一种商品或服务时对他人商标进行的正当使用。¹⁴指示性正当使用适用的场合，包括产品维修、零配件制造、产品兼容、比较广告等，这些场合中，行为人不使用他人商标来指示商标权人的商品或服务，便不能向消费者直截了当地描述自己的商品或服务，因而有必要赋予行为人正当使用的自由。

目前，我国《商标法》及其实施条例并未规定指示性正当使用，但行政规章和司法判决均认可该种正当使用。¹⁵指示性正当使用与描述性正当使用，均发生在行为人使用他人商标而描述自己的商品或服务之情形，但二者价值取向不同。在指示性正当使用中，行为人使用他人商标是用来指示原告的商品或服务而非指示自己的商品或服务，尽管最终仍然是为了说明自己的商品或服务；而在描述性正当使用中，行为人使用他人商标均是用来直接描述自己的商品或服务的。¹⁶换言之，描述性正当使用属于对自己商品或服务的直接描述，指示性正当使用属于对自己商品或服务的间接描述。因此，指示性正当使用是对描述性正当使用的必要补充，二者共同构成商标商业性正当使用。¹⁷

其实，无论是描述性正当使用抑或指示性正当使用，本质都属于“非商标意义上的使用”，故可称之为“非商标性使用”。但是该二者均为商业性正当使用，伴随着行为人在商业中的对自己商品或服务的商标性使用。而在重新包装再销售中，行为人并未销售自己的商品或服务，也不存在自己的标记，因而重新包装再销售既不属于描述性正当使用，也不属于指示性正当使用，从而完全与正当使用无关。

¹⁴ 参见刘明江：《商标权效力及其限制研究》，知识产权出版社 2010 年版，第 183 页。

¹⁵ 北京市高级人民法院《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》（京高法发[2006]68 号）第 27 条规定，在销售商品时，为说明来源、指示用途等在必要范围内使用他人注册商标标记的，属于正当使用商标标记的行为。上海市浦东新区人民法院也曾对指示性正当使用进行明确陈述：“鉴于滤清器规格与不同品牌或型号汽车之间存在对应关系，为便于相关公众购买，滤清器生产厂家可以在其产品上作出指示性说明，但是该说明必须出于善意，不能超出合理范围，造成相关公众混淆、误认或者产生联想。”参见上海浦东新区法院（2006）浦民三（知）初字第 122 号民事判决书。

¹⁶ 参见胡慧平：《试论注册商标的权利限制》，苏州大学 2006 年硕士学位论文，第 13 页。

¹⁷ 参见刘明江：《商标权效力及其限制研究》，知识产权出版社 2010 年版，第 185 页。

（二）重新包装再销售构成商标性使用

商标性使用，是指将商标标记用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。¹⁸保护商标的识别功能是商标法的核心任务，商标法的各项制度也都是围绕确保识别功能的正常发挥而设计的。¹⁹一方面，从商标权维持的角度出发，权利人只有不断经营、维持商品质量与广告宣传，使消费者建立商品与标记之间的联系，商标的显著性才能不断增加。另一方面，从商标侵权的角度来看，行为人只有在商标意义上使用标记，割裂或降低消费者心目中原有标记与商品信息之间的联系，行为人的行为才构成商标侵权。可以认为，商标法律制度中任何一个方面均需用到“商标性使用”这个概念。²⁰

商标性使用与正当使用不同，二者的理论基础分别对应商标的两种功能：“发信号（signaling）”功能与“表达性（expressive）”功能。“发信号”功能是识别并区分商品或服务来源的功能；“表达性”功能是描述商品或服务，但并非说明商品来源的功能。²¹正当使用是使用他人商标直接或间接描述自己的商品或服务，发挥“表达性”功能，而商标性使用是“用于识别商品来源的行为”，发挥“发信号”功能。

就重新包装再销售而言，行为人在新包装上使用原标记，旨在告知消费者所包装商品的来源，消费者通过新包装，获取了商品来源的信息。因此重新包装再销售发挥了“发信号”功能，构成商标性使用。即使行为人是指示说明的心态对商品进行重新包装，但由于商品包装上只有商标权人的标记，因而重新包装行为指示说明的不是别的，而恰恰是商品的真实来源，因而不能属于正当使用的范畴。换言之，当一种使用行为只涉及一种商品和一个标记时，消费者对商品与标记之间建立联系的认知心理学过程决定了，此种使用行为只能发挥“发信号”功能，也就只能属于商标性使用。

商标性使用在商标侵权判定中应处于何种地位，学界一直存在分歧，目前已

¹⁸ 参见《商标法》第48条。

¹⁹ 参见张玉敏：《论使用在商标制度构建中的作用——写在商标法第三次修改之际》，载《知识产权》2011年第9期，第3页。

²⁰ See Jeremy Phillips & Ilanah Simon, *Trade Mark Use*, Oxford University Press, 2005, p.105.

²¹ See Rochelle Cooper Dreyfuss, *Expressive Genericity: Trademarks as Language in the Pepsi Generation*, *Notre Dame Law Review*, Vol.65:397, p.400-401(1990).

形成三种学说：前提条件肯定说²²、前提条件否定说²³与并列的独立要件说²⁴。笔者赞同前提条件肯定说，认为商标侵权判定的前提是被诉侵权人的使用行为构成商标性使用。首先，由于《商标法》第 48 条的用语为“本法所称商标的使用”，该条对商标性使用的规定也应当适用于《商标法》第 57 条，因此，商标侵权判定中商标的使用正是“用于识别商品来源的行为”，是具备来源识别意义的使用。

《商标法》第 57 条第（二）项规定：“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的”属于侵权行为。从法条的表述来看，是被诉侵权人先“使用”商标，后发生消费者混淆。其次，从逻辑上讲，只有商标性使用才可能造成消费者混淆，商标性使用与混淆可能性是因果关系，脱离商标性使用的认定，混淆可能性的判定将难以为继。正如最高人民法院在 PRETUL 商标侵权案的再审判决中所言：“在商标并不能发挥识别作用，并非商标法意义上的‘商标性使用’的情况下，判断是否在相同商品上使用相同的商标，或者判断在相同商品上使用近似的商标，或者判断在类似商品上使用相同或者近似的商标是否容易导致混淆，都不具实际意义。”²⁵

二、域外借鉴：商标权用尽的适用条件

重新包装再销售既然属于商标性使用，且商标性使用是判定商标侵权的前提，则重新包装再销售便存在侵犯他人商标权的风险。不过，行为人是通过合法渠道取得商标权人的商品，就可能通过援引商标权用尽，免于承担侵权责任。

商标权用尽（trademark exhaustion），又称商标权穷竭，是指商标权人或其被许可人将附着商标的商品投入市场销售后，商标权人无权禁止后手在该商品上

²² 前提条件肯定说认为，“商标性使用”是商标侵权判断中的前置性条件，未经许可的商标使用人只有在将权利人的标记用作商标（use as mark）即构成商标性使用时才可能承担侵权责任。See Margreth Barrett, *Internet Trademark Suits and the Demise of Trademark Use*, U.C. Davis Law Review, Vol.39:371, p.378(2006).

²³ 前提条件否定说认为，不应以“商标性使用”作为侵权判定的先决条件，判断商标侵权是否成立，应当从被诉标记使用的整个具体的商业情景出发，否则将不合理地限制注册商标专用权。参见何怀文：《“商标性使用”的法律效力》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2014 年第 2 期，第 176 页。

²⁴ 并列的独立要件说认为，商标性使用在商标侵权判定中起到重要作用，商标性使用是“因”，“混淆可能性”是“果”，但不应将商标性使用作为前置性条件，商标性使用与混淆可能性的判定是相互独立且并列的要件，二者之间不存在绝对的先后顺序，因此，实务中对商标侵权的判定，可以先认定是否构成商标性使用，再认定构成混淆可能性；也可以先认定是否构成混淆可能性，再去分析混淆可能性是否由商标性使用造成。参见吕炳斌：《商标侵权中“商标性使用”的地位与认定》，载《法学家》2020 年第 2 期，第 73-87 页。

²⁵ 最高人民法院（2014）民提字第 38 号民事判决书。

使用商标。换言之，商标权于商品首次销售时耗尽，二次行销或消费者之使用或转售，不受商标专用权之拘束²⁶，故该原则又称首次销售原则（first sale doctrine）。商标权用尽的设立，一方面实现了商标权人和所有权人之间的潜在利益平衡，保证了商品的自由流通，促进了贸易的正常发展²⁷，另一方面也预防商标权人以商标权之名，行划分销售区域以及区别定价之实²⁸。

不过，商标权用尽的适用条件与例外规定，学界观点不一。²⁹“这个被人们奉为原则的东西，其具体内容至今尚未被界定清楚或准确，甚至存在着法律逻辑上的不严密，进而导致用其解释具体行为时的矛盾和冲突”，³⁰企图通过考量重新包装再销售与商标权用尽的契合性，来判断此种行为究竟属于商标权用尽还是可能造成混淆可能性的思考进路，便走不通了。此时，有必要梳理域外有关重新包装再销售的司法判例，总结经验，并通过法律解释，进行制度移植与本土化工作。

（一）欧盟对重新包装再销售的司法实践

欧共体法院对重新包装再销售的法律定性总是伴随着跨国贸易。欧共体法院最开始认为，重新包装再销售当然适用商标权用尽。在 *Champagne Heidsieck v. Buxton* 一案³¹中，法院认为，商标的功能是显示商品来源，而不是允许商标权人操控商品的渠道销售。如果在不同成员国销售相同商品的权利人能够阻止越境购买和转售这些商品，那将是无法容忍的。³²

在 *Hoffmann* 案中³³，被告在英国购买 *valium* 药品，重新包装并附着原商标

²⁶ 参见曾陈明汝：《商标法原理》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 78 页。

²⁷ 参见王莲峰：《商标法学》（第三版），北京大学出版社 2019 年版，第 200 页。

²⁸ 参见刘明江：《商标权效力及其限制研究》，知识产权出版社 2010 年版，第 244 页。

²⁹ 有观点认为，适用商标权用尽应符合四个条件：（1）商标权合法存在；（2）商品是经商标权人自己或者经其许可的他人投入流通领域；（3）他人再销售时并未破坏商标与商品之间的对应关系。参见李晓秋、吴罡：《旧货翻新销售中商标侵权判定的是与非——以商标权用尽原则的适用为分析中心》，载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2014 年第 6 期，第 32 页。有学者指出商标权用尽的构成条件可概括为：（1）商标商品必须是由商标所有人或经其同意投放市场的；（2）商标商品本身没有实质改变；（3）表示商标商品的关键信息的相关标签没有实质改变。参见王太平、周兰：《商标指示性正当使用与商标权用尽的区分》，载《中华商标》2019 年第 3 期，第 60-61 页。还有学者表示，商品转售时，应保证不对商品进行改变，否则，一旦对商品质量造成影响，仍然会破坏商标的品质保证功能，损害商标权人的商誉。参见倪红霞、杨岸松：《正品分装行为的商标侵权判定——兼论刑民交叉案件的不同证明标准》，载《中华商标》2022 年第 9 期，第 17-18 页。

³⁰ 李祖明：《析商标权利穷竭原则——兼谈反向假冒的定性》，载《人民司法》2009 年第 19 期，第 91 页。

³¹ *Champagne Heidsieck v. Buxton*, RPC (1930) 28.

³² Ian S. Forrester, Q.C., *The Repackaging of Trademarked Pharmaceuticals in Europe: Recent Developments*, *International Intellectual Property Law & Policy*, Vol 6:111-1, p.111-4(2001).

³³ *Hoffmann-La Roche & Co. v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse, GmbH*, Case C-102/77, 1978 ECR 1139 (C.J.).

后销往德国。欧共体法院认为，商标的基本功能在于保证消费者知道商品的真实来源，只有商标权人可以通过附着标记来表明商品来源，如果允许第三方在产品上附着标记，无疑损害了商标的识别来源功能，欺骗了不知情的消费者。欧共体法院最终判决，商标权人原则上可以操控重新包装再销售行为。例外情况下，如果权利人人为分割市场，而被告的重新包装不会影响商品原始状况，那么只要被告在重新包装前告知权利人，并在包装上注明重新包装的相关信息，重新包装再销售就是被允许的。

在 *Bristol-Myers Squibb v. Paranova* 一案³⁴中，被告将原告的药品重新包装、进口销售。法院首先详细论述了商品的原始状态在何种情况下可能受到不利影响：商品的原始状态不仅会受到直接影响，导致质量下降，也可能受到间接影响，例如，在新包装上省略药品的性质、组分、使用方法、摄取剂量等信息，会间接导致药效降低或无效，也属于商品的质量下降。其次，法院细化了行为人注明重新包装相关信息的要求，相关提示应当使正常视力的消费者以一般注意力能够合理辨别并理解。再次，考虑到药品的特殊性，消费者对于药品具有较高的完整性要求，因此，劣质的、不整洁的、有瑕疵的药品外包装同样可能损害商标权人的商誉。最后，行为人重新包装再销售前应通知权利人，并按照权利人的要求，向其提供重新包装后的产品样本。

由于药品定价策略不同，欧共体不同成员国的药品价格相差很大，重新包装药品再销售具有较大的套利机会，且药品语言标记、处方配药与营销手段差异较大，从甲国进口到乙国的药品常常需要重新包装，因而欧洲的重新包装问题主要集中在药品的平行进口上。³⁵归纳以上判例，可以发现，欧共体法院对于重新包装再销售的态度，从“当然适用商标权用尽”，到“权利人原则上操控重新包装再销售，但有例外”，再到“权利人原则操控重新包装再销售，但有更严格的例外”这三个阶段，对行为人重新包装提出了越来越高的要求。这些要求包括：（1）重新包装没有直接或间接影响商品的原始状态；（2）新包装不会降低权利人商誉，因此使用有缺陷的、低劣的包装不能适用商标权用尽；（3）行为人将商品投入市场前履行告知义务，使权利人有机会表达异议；（4）新包装对重新包装的事实和产品相关信息有清楚明白的说明；（5）如果权利人要求，行为人有义务向其提供

³⁴ *Bristol-Myers Squibb v. Paranova*, Joined Cases C-427/93, C-429/93 & C-436/93, 1996 ECR I-3457 (CJ).

³⁵ 参见李明德等：《欧盟知识产权法》，法律出版社 2010 年版，第 518 页。

重新包装后的产品样本。³⁶

（二）美国对重新包装再销售的司法实践

在美国，重新包装再销售的相关司法实践，可追溯至 1924 年 *Prestonettes, Inc. v. Coty* 一案³⁷。该案中，*Prestonettes* 公司购买 *Coty* 公司的清香粉剂，将其压缩，重新包装在附着 *Coty* 商标的铁盒内销售。*Prestonettes* 公司还购买大瓶香水，将其分装在小瓶内销售。地区法院认为，只要被告在包装上说明该商品被分装的事实，并表明自己与原告并无商业联系，被告就可以继续重新包装原告商品，附着原告商标，进行销售。巡回上诉法院认为，重新包装再销售未经权利人许可，分装后也未告知权利人，因此禁止被告继续使用原告商标。联邦最高法院最终认为，被告行为构成商标权用尽，恢复了地方法院最初的判决。正如霍姆斯法官所言，转售商有义务说真话（*tell the truth*），即使产品的质量比原产品差，只要转售商说真话，权利人也无权禁止其使用商标，因为转售商只是在行使所有权。³⁸值得注意的是，法院强调，该判决一方面没有决定行为人重新包装时是否必须提供免责声明或附加解释性信息³⁹，其只是认为，如果行为人说真话，没有欺骗消费者，其行为就不受商标权约束；另一方面，该判决也并不表明重新包装再销售总是能够游离于商标权规制范围之外。

在 *Champion Spark Plug Co. v. Sanders* 一案中，⁴⁰*Sanders* 公司回收 *Champion* 公司的旧火花塞，对其进行修理、翻新，然后重新包装，作为翻新的 *Champion* 火花塞销售。*Sanders* 公司在火花塞插头和包装盒上保留了原告商标，并标注“翻新”字样，未标明自己的商标。地区法院认为，被告做到以下四点，方能继续出售翻新火花塞：（1）删除原告商标、产品的型号说明；（2）将火花塞重新涂上有色油漆以示区别；（3）在火花塞上标记“翻新”字样；（4）在包装箱上标注火花

³⁶ 参见赵西巨：《欧盟法中的商标权权利穷竭原则》，载《法学论坛》2003年第2期，第88页。

³⁷ See *Prestonettes, Inc. v. Coty*, 264 U.S. 359, 68 L. Ed. 731, 44 S. Ct. 350 (1924); *Coty, Inc. v. Prestonettes, Inc.*, 3 F.2d 984 (2d Cir. 1924).

³⁸ See *Prestonettes*, 264 U.S. at 368.

³⁹ 这一解读也得到了 *Dream Team Collectibles, Inc. v. NBA Properties, Inc* 一案的支持。（“None stands for the proposition that a repackager of trademarked goods has an absolute obligation to include a disclaimer or an explanatory label on its product.”没有人主张商标商品的再包装商有绝对义务在其产品上包括免责声明或解释性标签。）See Justin D. Swindells, *Repackaging Original Trademarked Goods: Trademark Exhaustion or Consumer Confusion?* *Federal Circuit Bar Journal*, Vol.7:391, p.398(1997). 因此，将 *Coty* 规则概括为转售商有义务在新包装上说明分装情况的观点，或许是一种误解。

⁴⁰ See Supreme Court of the United States *Champion Spark Plug Co v. Sanders*, 331 U.S. 125 (1947).

塞源于原告而经被告翻新的说明。巡回法院则认为，地方法院的要求过于严苛，因而放宽了要求：（1）被告可以继续使用原告标记；（2）在火花塞上标记“翻新”字样；（3）取消地方法院的最后一项要求。联邦最高法院认为，虽然修改后的产品不如正品，但这正是二手商品的特征，符合消费者预期，只要商标权人没有被消费者认定为产品质量低劣，只要行为人使用该商标是为了说明事实，就不能要求 Sanders 公司从翻新插头上删除原告商标。

Prestonettes, Inc. v. Coty 案和 Champion Spark Plug Co. v. Sanders 案，都没有要求转售商必须提供免责声明或附加解释性信息，两案只是表明，转售商不能使用原告商标来欺骗消费者，但可以在不担心报复的情况下使用商标来讲述真相（tell the truth）。⁴¹因此不能将“tell the truth”等同于“转售商有义务在新包装上说明分装情况”，“tell the truth”在 Prestonettes, Inc. v. Coty 案表现为使用原告商标，在 Champion Spark Plug Co. v. Sanders 案表现为使用原告商标并标注“翻新”字样。

另外，法院还指出，如果对旧产品的翻新过于彻底，以至于对产品作出了实质性改变，则转售者即使注明了“翻新”，也不宜继续使用原商标。例如，在 Bulova Watch Co. v. Allerton 案中⁴²，被告把原告手表的运行程序装到了另一块新手表中，并在新手表表面使用了原告商标，法院就认为新手标与旧手表之间存在实质性不同，被告重新安装运行程序并销售的行为，属于商标侵权。

在 Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum, Inc 案中⁴³，被告 Commercial 公司购买 Shell 公司的石油，并对石油的重新罐装实施自己的质量控制措施，只是这些措施不如 Shell 公司严格。法院认为，Commercial 公司没有按照 Shell 公司的质量标准进行运输、交付与储存，阻碍 Shell 公司质量控制能力的实现，只有按照权利人指定的质量控制标准进行制造、运输、销售的产品才是正品，Commercial 公司分装的石油不属于“正品”，与 Shell 公司的石油存在实质性不同，有可能会使消费者对 Commercial 公司的石油来源造成混淆，因此判决 Commercial 公司侵犯商标权。⁴⁴

⁴¹ See Justin D. Swindells, *Repackaging Original Trademarked Goods: Trademark Exhaustion or Consumer Confusion?* Federal Circuit Bar Journal, Vol.7:391, p.399(1997).

⁴² Bulova Watch Co. v. Allerton Co., 216 F. Supp. 875 (1963).

⁴³ Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum, Inc., 928 F.2d 104 (4th Cir.1991).

⁴⁴ 类似案件有 El Greco Leather Prods. Co., Inc. v. Shoe World 案, Matrix Essentials, Inc. v. Emporium Drug Mart

归纳上述案例，可以发现，美国司法实践认定重新包装再销售是否构成商标侵权，存在以下标准：第一，原则上，行为人只要说真话、无欺骗，重新包装再销售就适用商标权用尽，“作为一般规则，商标法不规制带有真正商标的正品销售，即使该销售没有得到商标权人的许可”⁴⁵；第二，当重新包装的商品与权利人商品存在实质性不同，或者行为人阻碍商标权人质量控制能力的实现，从而实质性地改变了商标产品，则不能适用商标权用尽；第三，重新包装再销售是否构成商标侵权，以混淆可能性的判定为核心。

（三）重新包装再销售适用商标权用尽的条件

欧盟与美国对于重新包装再销售的态度并不相同，美国法院对此较为宽容，行为人在满足较少条件时，即可适用商标权用尽，而欧共体法院对此较为严苛，行为人欲适用商标权用尽须满足种种条件，一定程度上还要获得权利人的允许。此中差异，原因有二：第一，商标权国际用尽、区域用尽、国内用尽所需平衡的利益冲突程度不同，造成适用权利用尽的条件有宽严之别。一国之内，一般是统一市场，不涉及国与国之间的贸易往来，因此商标权用尽最容易达成。欧共体区域之内，基于保障商品自由流通的考量，旨在建立统一的欧洲市场⁴⁶，因而肯认商标权区域用尽，但权利用尽的适用，仍须平衡各国之间的利益冲突。而商标权国际用尽，尚不存在统一市场，须考量全球各国之间利益博弈，寻求全球各国之共同利益基点，因而最为困难。第二，欧盟和美国对于适用商标权用尽的思考路径完全相反，具有不同的制度秉性。在欧盟，原则上权利人可以操控重新包装再销售，例外情况下适用商标权用尽；在美国，原则上适用商标权用尽，例外情况下造成混淆可能性的，构成商标侵权。

我国《商标法》及实施条例并未明确规定商标权用尽，但国内司法实践已普遍适用该制度审理案件。总结欧美法院对商标权用尽的适用标准，结合我国大陆法系传统与国内用尽属性，笔者以为欧共体法院确立的重新包装告知义务、新包装上的说明义务以及提供产品样本义务过于严苛，而美国法院未考虑包装对商品销售之影响，商标权用尽的适用条件过于宽松，应当建立以下商标权用尽适用规

案，Adolph Coors Co. v. A. Genderson & Sons, Inc 案。

⁴⁵ Polymer Tech. Corp. v. Mimran, 975 F.2d 58, 61 (2d Cir. 1992).

⁴⁶ 参见刘立平：《欧洲的专利产品平行进口及专利权区域用尽论》，载《专利法研究》（1999年），第227页。

则。

第一，行为人实质性改变重新包装的商品的，不适用商标权用尽。对此，欧盟法院的表述为“重新包装没有直接或间接影响商品的原始状态”，美国法院的表述为“实质性差异”（Material difference）。如果商品未发生实质性改变，重新包装的商品与原商品就属于同一商品。由于只存在一个对象，并无比较的空间，也就没有混淆的余地。此时，重新包装再销售可以适用商标权用尽。反之，如果商品发生实质性改变，商品与原商品便属于不同商品。此时存在两个对象，具有比较的可能，在导致混淆可能性发生时，构成商标侵权。那么，何种情况下发生实质性改变，从而使重新包装的商品与原商品失去同一性，分化为两个对象呢？可考虑借鉴美国法院的做法。美国法院认为，只要这种差异是消费者作出购买决定时会明显注意到的，就属于实质性差异，⁴⁷并将实质性差异分为物质性差异（Physical differences）与非物质差异（Nonphysical differences）。⁴⁸商品结构⁴⁹、性能⁵⁰等方面的差异为物质性的，而售后服务⁵¹和质量控制⁵²等方面则为非物质的。

第二，行为人使用有缺陷的、不整洁的、劣质的新包装的，不适用商标权用尽。精美的包装是让潜在消费者拿起产品、尝试产品和购买产品的原因，⁵³对消费者购买决定的作出起到至关重要的作用。⁵⁴如果包装未发生实质性改变，或者至少没有变劣，新包装就不会对该产品及其来源产生负面影响，重新包装再销售可以适用商标权用尽。如果新包装存在缺陷，消费者就可能因为改包装而对商标权人产生负面评价，在导致混淆可能性发生时，构成商标侵权。

第三，不适用商标权用尽并不代表一定构成商标侵权，普通商标侵权的判定以混淆可能性为核心，驰名商标的侵权判定以淡化可能性为核心⁵⁵。知识产权是平衡权利与公有领域的产物，是在权利与公有领域之间划界的结果，在知识产权

⁴⁷ Bourdeau Bros. v. ITC, 444 F.3d 1317 (2006).

⁴⁸ Dan-Foam A/S & Tempur-Pedic, Inc. v. Brand Named Beds, LLC, 500 F. Supp. 2d 296 (2007).

⁴⁹ Bourdeau Bros. v. ITC, 444 F.3d 1317 (2006).

⁵⁰ Duracell, Inc. v. Global Imports, Inc., 12 U.S.P.Q.2d 1651 (1989).

⁵¹ Dan-Foam A/S & Tempur-Pedic, Inc. v. Brand Named Beds, LLC, 500 F. Supp. 2d 296 (2007).

⁵² Societe Des Products Nestle, S.A. v. Casa Helvetia, Inc., 982 F.2d 633 (1992). Robert W. Payne, Dealing with Unauthorized Online Dealers: Sales of Genuine Products, 7 Business Law Today, 1-3 (2014).

⁵³ See Ian P. Murphy, *Study: Packaging Important in Trial Purchase*, MARKENG News, Feb. 3, 1997, p.14

⁵⁴ See Masloski, *Packaging: An Important Element in Advertising*, CRAIN'S CHICAGO BUSINESS, July 26, 1982, p.72.

⁵⁵ 关于驰名商标反淡化保护遵循实际淡化标准还是淡化可能性标准，参见李亮、胡丹阳：《知识产权损害赔偿研究·商标权卷》，法律出版社 2022 年版，第 119-120 页。

与公有领域的关系上，公有领域是原则，知识产权是例外。⁵⁶商标权保护也是如此。只有在重新包装再销售满足商标侵权的构成要件，此种行为才被纳入商标权的规制范围。因此，不能认为商标权用尽与商标侵权是非此即彼的关系，一些重新包装再销售虽然不适用商标权用尽，但并不造成混淆可能性或淡化可能性，依然不侵犯商标权。例如，网购平台上的二手商品往往包装简陋，但商品信息已经明确说明该产品为二手产品，表明该产品重新包装的事实，没有造成消费者混淆，不构成商标侵权。

三、法律适用：商标侵权与不正当竞争的二元规制路径

如果重新包装再销售造成混淆可能性或淡化可能性，则属商标侵权；如果构成商标权用尽，则免于商标法规制，但不代表此种重新包装再销售属于合法行为，其依然可能构成不正当竞争行为，落入反不正当竞争法规制的范畴。

（一）重新包装再销售构成商标侵权及其请求权基础

商标侵权的判定，普通商标以混淆可能性为中心，驰名商标还受到反淡化的保护。在混淆可能性的判断上，美国第二巡回上诉法院在 *Polaroid v. Polarad* 案中提出多因素检测法⁵⁷。我国商标法第 57 条第（二）项仅将商标近似性与商品类似性作为商标侵权的判断因素，《商标侵权判断标准》（国知发保字（2020）23 号）第 9 至 19 条详细规定了商标近似性与商品类性的概念与判断方法，并在第 21 条规定商标执法相关部门判断是否容易导致混淆，应当综合考量以下因素以及各因素之间的相互影响：（1）商标的近似情况；（2）商品或者服务的类似情况；（3）注册商标的显著性和知名度；（4）商品或者服务的特点及商标性使用的方式；（5）相关公众的注意和认知程度；（6）其他相关因素。在法律解释上，重新包装再销售属于前述两种不适用商标权用尽的情形的，可以分别从“商品或服务的类似情况”和“商标的近似情况”两方面，进行法律解释，并结合其他因素综合判断混淆可能性是否成立。

⁵⁶ 参见孔祥俊：《〈民法典〉与知识产权法的适用关系》，载《知识产权》2021 年第 1 期，第 5 页。

⁵⁷ 多因素检测法包括 8 点考量因素：（1）商标强度；（2）商标近似程度；（3）商品类似程度；（4）在先商标权人扩大经营规模的可能性；（5）实际混淆是否存在；（6）被告在选择标记时是否存有恶意；（7）被告产品的质量；（8）消费者的专业水平。See *Polaroid Corp. v. Polarad Elecs. Corp.*, 287 F. 2d 492, 495 (2d Cir. 1961).

就驰名商标而言，我国《商标法》对于淡化可能性的判定因素未作规定。最高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第13条规定：当事人依据商标法第十三条第三款主张诉争商标构成对其已注册的驰名商标的复制、摹仿或者翻译而不应予以注册或者应予无效的，人民法院应当综合考虑如下因素，以认定诉争商标的使用是否足以使相关公众认为其与驰名商标具有相当程度的联系，从而误导公众，致使驰名商标注册人的利益可能受到损害：（1）引证商标的显著性和知名程度；（2）商标标志是否足够近似；（3）指定使用的商品情况；（4）相关公众的重合程度及注意程度；（5）与引证商标近似的标志被其他市场主体合法使用的情况或者其他相关因素。因此，重新包装再销售他人驰名商标商品的，可以从“指定使用的商品情况”和“商标标志是否足够近似”两方面进行法律解释，并结合其他因素综合判断淡化可能性是否成立。

当重新包装再销售侵害驰名商标权，权利人主张驰名商标保护的，适用《商标法》第13条，并无疑问。问题是，当重新包装再销售侵害普通商标权，应当适用《商标法》第57条哪一项？在李记谷庄茶叶案中，法院以构成“伪造、擅自制造他人注册商标标记”作为判决依据，适用《商标法》57条第（四）项。不二家糖果案中，法院认为“钱某某未经不二家公司许可擅自将不二家公司的商品分装到不同包装盒，且该些包装盒与不二家公司对包装盒的要求有明显差异，因此，钱某某的分装行为会降低涉案商标所指向的商品信誉，从而损害涉案商标的信誉承载功能，属于《中华人民共和国商标法》第五十七条第（七）项规定的‘给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为’，构成商标侵权。”五芳斋粽子案中，法官认为，“被告将散装正品商品分装后出售的礼盒商品，已经属于新的商品，该分装行为实际上类似一种生产行为，被控侵权商品是与注册商标核定使用的商品属于同一种商品，并使用了与注册商标相同的商标，在无相反证据证明不存在混淆事实的情况下，仍应当适用《商标法》第五十七条第（一）项予以规制。”⁵⁸

首先，《商标法》第57条第（四）项历来为学界诟病。一方面，此种行为“不一定是侵犯商标权行为，因为并非所有‘伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识’行为均构成侵犯商标权的行为。”⁵⁹如果行

⁵⁸ 胡必：《正品分装销售行为的商标侵权认定》，载《中华商标》2022年第9期，第13页。

⁵⁹ 王太平：《商标法：原理与案例》，北京大学出版社2015年版，第299页。

为人伪造、擅自制造他人标记之后，使用在自己生产或销售的商品之上，则该行为可以纳入《商标法》第 57 条第（一）（二）项规定的侵权行为类型；如果行为人伪造、擅自制造他人标记是为了帮助他人为侵权行为，又可以纳入《商标法》第 57 条第（六）项“故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的”规定之中；如果行为人伪造、擅自制造他人标记是出于欣赏的目的，没有将其用于商业用途的打算，则该行为不属于商标性使用行为，因而不构成商标侵权。⁶⁰因此《商标法》第 57 条第（四）项并无单独存在价值，应当删除。

其次，重新包装再销售是适用《商标法》第 57 条第（一）项还是第（七）项，关键在于如何看待重新包装后的商品。如果认为重新包装的商品与原商品是“同一商品”，二者并未失去同一性，因此无法适用《商标法》第 57 条第（一）项，只能寻求兜底条款的保护。如果认为重新包装的商品与原商品是“同一种商品”，二者已经失去同一性，则应当适用《商标法》第 57 条第（一）项。笔者认为，行为人实质性改变重新包装的商品的，以及行为人使用有缺陷的、不整洁的、劣质的新包装的，之所以不适用商标权用尽，进而进入混淆可能性的判断，正是因为重新包装后的商品已发生实质性改变，才能够将该商品与原商品进行比较。因此，重新包装后商品与原商品并非“同一商品”，而是“同一种商品”，应适用《商标法》第 57 条第（一）项。

（二）重新包装再销售构成不正当竞争及其判断步骤

如果转售者只是单纯将商标权人的散装商品包装成礼盒商品，其销售的商品并未实质性改变，属于同一商品，新包装的品质也与旧包装相当，消费者难以辨认。这种情况下，转售者虽然明显有搭便车、扰乱权利人定价策略的主观意图，是否仍然应当适用商标权用尽呢？在五芳斋粽子案中，一审法院认为重新包装再销售行为不构成商标侵权，苏蟹阁公司和赢礼公司在涉案礼盒包装上使用与第 30 类注册商标基本相同标记的行为既未破坏商标指示来源的功能，又未破坏商标品质保证的功能，故未侵犯五芳斋公司的商标权；苏蟹阁公司在销售的涉案礼盒上突出标注“五芳”“美味五芳”“五芳斋”标记，属于商标法意义上的使用行为，构成商标侵权；赢礼公司在向苏蟹阁公司销售散装粽子时，附赠侵犯五芳斋

⁶⁰ 当然，如果他人对标记享有著作权，可能侵犯他人著作权。

公司注册商标专用权的美味五芳礼盒包装，构成商标侵权。二审法院虽维持了一审法院确定的赔偿金额，但认为苏蟹阁公司和赢礼公司将五芳斋粽子装入与权利人正品礼盒相似的礼盒并销售的行为，侵害了五芳斋公司的商标权，从而完全改变了一审判决的理由，认为重新包装再销售行为构成商标侵权。

但是，商标作为一种符号，其功能在于识别来源，其效力范围仅限于禁止他人以商标性使用行为，阻碍商标识别来源功能的正常发挥，此外，商标权便无能为力。一些法院以被告具有搭便车意图为由，认定商标侵权成立，⁶¹似乎在被告行为上打上搭便车的烙印，就具有了道德上的正当性。但是，知识产权保护并不一般地禁止搭便车，不能以泛泛的世俗道德观念评判和清算已固定的权利。⁶²泛泛地否定搭便车容易不当扩张专有权范围，也会为公权力偏好干预和管制市场价值的“家长式”情怀提供法律的和道义的支持。⁶³同时，以搭便车为理由作为商标权纠纷案的裁判依据，也会模糊商标法与反不正当竞争法、权利保护法与行为规制法之间的界限。

那么，此种情况下，重新包装再销售是否就是完全的合法行为呢？非也。反不正当竞争法为知识产权法提供兜底保护⁶⁴，在商标法失灵时，对不正当竞争行为进行补充性规制。关于商品包装、装潢的法律保护，《反不正当竞争法》第6条第（一）项规定，经营者不得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记，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。不过，适用该条的前提，是存在两个不同的商品或服务。只有存在两个不同的对象，才可将二者进行对比，才会引人误解，造成混淆。这一点与前文所述的实质性差异的存在，是进行混淆可能性判断的前提，道理是相同的。因此，既然转售者没有实质性改变商品，没有采用有缺陷、低劣的外包装，没有派生出新的商品，就无法适用《反不正当竞争法》第6条第（一）项了。笔者认为，此时可以考虑适用《反不正当竞争法》第2条。

《反不正当竞争法》第2条的适用条件，涉及不正当竞争行为的判断。有学

⁶¹ 杭州市余杭区人民法院（2015）杭余民初字第416号民事判决书；深圳市中级人民法院民事判决书（2013）深中法知民终字第738号。

⁶² 参见孔祥俊：《我国知识产权保护的反思与展望——基于制度和理念的若干思考》，载《知识产权》2018年第9期，第41页。

⁶³ 参见孔祥俊：《论反不正当竞争法的竞争法取向》，载《法学评论》2017年第5期，第30页。

⁶⁴ 这是我国学界的普遍观点。参见韦之：《论不正当竞争法与知识产权法的关系》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》1999年第6期；杨明：《试论反不正当竞争法对知识产权的兜底保护》，载《法商研究》2003年第3期；吴汉东：《知识产权总论》（第4版），中国人民大学出版社2020年版，第269页。

者提出“竞争利益—竞争行为—竞争损害—竞争评估”的判断步骤，首先考虑原告是否存在值得保护的竞争利益，其次判断原被告之间是否存在竞争关系，最后判断被告的竞争行为是否损害原告竞争利益，同时结合比例原则，考虑消费者、市场参与者的利益，对竞争行为进行评估。⁶⁵根据此种判断步骤，对于转售者只是单纯将商标权人的散装商品包装成礼盒商品，是否构成不正当竞争，应持肯定态度。首先，商标权人存在值得被保护的竞争利益。商标权人将商品分为散装和礼盒装，属于权利人的定价策略，为消费者提供了选择自由，属于商业惯例。其次，被告将散装商品重新包装为礼盒商品，与原告的正品礼盒之间存在替代关系，双方存在竞争关系。最后，被告的商品虽然通过合法渠道，从原告处获得，使原告获得经济回报，但挤压了原告礼盒产品的市场，破坏了原告的定价策略，因此被告竞争行为造成了原告竞争利益的损害。在竞争评估方面，被告行为可能造成寒蝉效应，使其他市场主体也没有动力推出礼盒产品，消费者也因此失去了选择权。可以认为，如果转售者只是单纯将商标权人的散装商品包装成礼盒商品，破坏权利人定价策略，赚取差价，从中获利，构成不正当竞争行为，可以适用《反不正当竞争法》第2条进行规制。

有观点借鉴产业经济学中“品牌内部竞争”（Intrabrand competition）的概念，提出“品牌内部混淆”（Intrabrand confusion）的概念，从而扩张混淆可能性的内涵，以商标法规制制造商对制造商的“搭便车”的行为。⁶⁶但是，一方面，法律并不禁止一般的搭便车行为，以此为依据扩张混淆概念的理由不够充分；另一方面，混淆可能性是商标侵权判定的核心，而混淆的主体是消费者，消费者不太能够区分商品的制造商和生产商。将品牌内部混淆引入商标法，可能不当扩张了专有权的辐射范围，模糊了商标权与反不正当竞争法之间的界限。

四、去伪存真：品质保证功能的应然定位

在重新包装再销售的司法实践中，有法院以涉案行为破坏商标的品质保证功能为由，判定构成商标侵权，认为品质保证功能受损与识别来源功能受损相并列，是独立的判断商标侵权的理由。五芳斋粽子案中，一审法院认为，“涉案礼盒包

⁶⁵ 参见黄武双、谭宇航：《不正当竞争判断标准研究》，载《知识产权》2020年第10期，第24页。

⁶⁶ 参见杨泽：《从“五芳斋”礼盒粽案看商品重新包装后销售的商标侵权判定逻辑》，载知识产权与竞争法微信公众号，<https://mp.weixin.qq.com/s/mS4Ao9opbt7P9OiEgyzOJQ>，2022年11月6日访问。

装上使用与第 30 类注册商标基本相同标识的行为既未破坏商标指示来源的功能，又未破坏商标品质保证的功能”，其将“指示来源的功能”与“商标品质保证的功能”相并列，似在暗示二者属于独立的商标侵权判断理由。二审判决书虽未述及品质保证功能，但承办法官认为，“虽然，没有证据证明原告的礼盒粽和散装粽在品质上存在较大差异，但从一般消费者的认知角度，对于两种商品的品质期待会略有不同，而且被告从两者的差价中牟取了利益，因此，被告的行为损害了权利商标品质保证功能的实现，构成了商标侵权。”⁶⁷

（一）品质保证功能的本质

商标的基本功能是识别商品来源，但随着社会发展，来源理论经历了从“严格来源理论”到“匿名来源理论”的转变。手工业时代，商品生产规模是有限的，商品的生产者也是确定的。这一时期，商标的所指指涉的是具体的商品来源。工业革命之后，商品经济高度发达，新兴技术不断涌现，生产是大规模、标准化的，市场是全国甚至全球性的。⁶⁸一方面，企业的工厂不再限于一处，有的遍布全国，有的甚至在国外设立代工厂；⁶⁹另一方面，随着生产和销售的分工明确，生产者和经销商出现分离。这就导致商标法不能再假定消费者关心或知晓商品的具体来源，原先的严格来源理论不再有说服力，商标的所指也不再指涉商品的具体来源。

这一背景下，商标法发展出匿名来源（anonymous sources）理论，即使消费者不能准确识别商标所指的具体来源，但他们仍然会认为附着同一商标的商品具有相同来源，换言之，匿名来源也将受到商标法保护。⁷⁰《美国兰哈姆法》第 1127 条关于“商标是指用以将商品与他人的商品相区分，以标示其来源，即便是匿名来源”的规定，便是这一理论的典型立法例。

在匿名来源理论下，消费者关心的不再是商品的具体来源，而是商品的质量。于是，商标的所指被理解为品质的化身，商标发挥了品质保证功能。品质保证功能并不意味着附着商标的商品必然使高档的、高品质的，也不意味着商标权人使用商标就总是在努力提高商品质量，而是意味着商标标示着商品稳定的、一贯的

⁶⁷ 胡必：《正品分装销售行为的商标侵权认定》，载《中华商标》2022 年第 9 期，第 13 页。

⁶⁸ 参见王太平：《商标法：原理与案例》，北京大学出版社 2015 年版，第 25 页。

⁶⁹ 例如，苹果公司在上海、深圳、成都、郑州等城市均设有代工厂，最近，又在印度、印尼和越南兴建新的代工厂。

⁷⁰ See Barton Beebe, *The Semiotic Analysis of Trademark Law*, UCLA Law Review, Vol.51:621, p.663(2004).

质量和品质。⁷¹换言之，品质保证功能仅代表使用同一商标的商品在质量水平上将保持一致性和可预测性。消费者可以通过相同的质量判断商品或服务的匿名来源。故品质保证功能其实是匿名来源的另一种表达。

对此，美国学者麦卡锡也认为，“品质保证功能没有替代识别来源功能，其只是识别来源理论的一个方面，后者既包括产品来源，也包括产品的品质标准来源，商标的基本功能是表征商品或服务唯一的、质量控制的来源……因此根据识别来源理论，商标表征了尽管是匿名但属唯一的来源和品质控制。”⁷²Stephen Ladas 也持相同观点，品质保证理论意味着商标权人不需要实际投入生产，只要他对不同来源的产品进行质量控制就足够了，换言之，消费者通过商标可识别的来源，不仅包括产品来源，也包括商品或服务的品质标准来源。⁷³田村善之也认为“品质保证功能可以被来源识别功能所吸收，退一步，即便把品质保证功能理解为商标法独立保护的法益，也不过是附加在出所识别机能之上不太大的一部分”⁷⁴。

（二）品质保证功能没有单独存在的必要

品质保证功能在商标立法和司法实践中的体现，主要有三个方面：一是为经营者设定质量监督义务，二是保护消费者，三是结合《商标法》第 57 条第（七）项规制侵权行为。依次考虑以上三者，笔者认为，品质保证功能没有单独存在的必要。

首先，对于经营者而言，品质保证功能保证商品质量的一致性和可预测性，使消费者可以做出购买决定。当消费者不喜欢某商品，消费者会在心中给该商标留下负面评价，以后可以拒绝购买，如果消费者对某商品感到满意，下次还会购买。⁷⁵故商标权人承担了经营行为导致商品品质不一致的经济后果。如果某商标的商品质量波动较大，消费者对该商标商品的预测性便消失，商标权人在市场竞争中被自然淘汰，以公权力规制同一商标商品应具有品质的一致性，不仅侵犯了

⁷¹ 参见吴汉东主编：《知识产权法学》（第六版），北京大学出版社 2014 年版，第 194 页。

⁷² J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition*, §3:10(2015).

⁷³ Stephen P. Ladas, *Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection*, Harvard University Press, 1975, p.1119.

⁷⁴ [日]田村善之：《田村善之论知识产权》，李扬等译，人民大学出版社 2013 年版，第 168 页。

⁷⁵ See Sidney A. Diamond, *The Historical Development of Trademarks*, *The Trademark Reporter*, Vol.65:265, p.289(1975).

商标权人自主经营方式的实践，也破坏了市场竞争的自然选择过程。⁷⁶商标权人自己选择生产的商品质量的后果应当交由市场经济予以评价和决定，不宜在《商标法》层面进行介入。⁷⁷

其次，对于消费者而言，虽然《商标法》第七条第二款规定“各级工商行政管理部门应当通过商标管理，制止欺骗消费者的行为”，但这只是宣示性规范，并没有赋予消费者依此向商标权人主张民事权利的权利。⁷⁸消费者购买到质量低劣的产品的，可以求助于《民法典》、《消费者权益保护法》等法律规范。

最后，在侵权判定方面，《商标法》第五十七条除了间接侵权外，其他各条都是围绕商标的识别来源功能、以混淆可能性为核心来设计的。在前文所述重新包装再销售的美国判例中，法院虽然也分析了重新包装再销售是否会剥夺权利人控制商品质量的能力，是否会导致商品质量下降，但最终判断是否构成商标侵权的落脚点依然在混淆可能性上。⁷⁹并且，由于品质保证功能实际上为匿名来源理论所涵盖，因而判断品质保证功能是否被行为人所破坏，只是进行混淆可能性判断的一个步骤。因此，在商标侵权判定中，以品质保证功能受损为由，适用《商标法》第五十七条第（七）项，并无必要，反而可能不当扩张商标专用权的范围，模糊商标法与反不正当竞争法的界限。

结语

关于重新包装再销售，我国司法实践观点不一，争议不断。在商标正当使用与商标性使用方面，重新包装并非发挥“表达性”功能，而是发挥“发信号”功能，因而构成商标性使用。归纳欧盟和美国关于重新包装再销售侵权纠纷案，提炼出适于我国的重新包装再销售在商标权用尽与混淆可能性的区分规则：如果行为人实质性改变重新包装的商品的，或者行为人使用有缺陷的、不整洁的、劣质的新包装的，不适用商标权用尽。值得注意的是，不适用商标权用尽并不代表一定构成商标侵权，普通商标侵权的判定以混淆可能性为核心，驰名商标的侵权判定以淡化可能性为核心。在法律适用方面，重新包装在销售侵犯普通商标权的，

⁷⁶ 参见张鹏：《品质保证功能在商标侵权判断中的地位》，载《知识产权》2020年第10期，第48页。

⁷⁷ 参见姚鹤徽：《商标法基本问题研究》，知识产权出版社2015年版，第121页。

⁷⁸ 参见梁志文：《商标品质保证功能质疑》，载《法制研究》2009年第10期，第6页。

⁷⁹ 例如，在 *Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum, Inc* 案中，法院认为被告分装运输石油的行为阻碍了 Shell 公司质量控制能力的实现，但最终判决被告侵权依然是以混淆可能性为依据的。See *Shell Oil Co. v. Commercial Petroleum, Inc.*, 928 F.2d 104 (4th Cir.1991).

应适用《商标法》第五十七条第（一）项；权利人主张驰名商标反淡化保护的，应适用《商标法》第十三条。如果行为人仅将商标权人的散装商品包装成礼盒商品，其销售的商品并未实质性改变，新包装的品质也与旧包装相当，可能落入《反不正当竞争法》第二条的规制范围。法院以品质保证功能为由，适用《商标法》第五十七条第（七）项，规制重新包装再销售的做法，反而不当扩张商标专用权的范围，模糊商标法与反不正当竞争法、权利法与行为法之间的界限，亟待纠正。

Abstract : About repackaging original trademarked goods, the problem of different judgment in judicial practice is relatively prominent. Repackaging original trademarked goods play the "signal" function of the trademark, constituting trademark use. By summarizing the judicial practice of EU and US, the following rules should be considered to distinguish the trademark right exhaustion and likelihood of confusion in the case of repackaging original trademarked goods: if the actor materially changes the repackaged goods, or uses defective, untidy and inferior new packaging, the exhaustion of trademark right is not applicable. However, the exhaustion of trademark rights does not necessarily constitute trademark infringement. The judgment of ordinary trademark infringement takes the likelihood of confusion as the core, while the judgment of well-known trademark infringement takes the likelihood of dilution as the core. Where repackaging and reselling infringe upon the right of an ordinary trademark, Article 57 (1) of the Trademark Law shall apply; Article 13 of the Trademark Law shall apply where the right holder claims the anti-dilution protection of a well-known trademark. If the actor only packages the bulk goods of the trademark owner into gift boxes, the goods sold have not changed materially, and the quality of the new package is similar to that of the old package, which may fall into the scope of regulation under Article 2 of the Anti-Unfair Competition Law. The quality guarantee function is another aspect of the anonymous source theory and does not exist separately. It is not appropriate for the court to apply Article 57 (7) of the Trademark Law to regulate the repackaging original trademarked goods on the grounds that the quality guarantee function is impaired. On the contrary, it may improperly expand the scope of the exclusive right to use the trademark and blur the boundary between the Trademark Law and Anti-Unfair Competition Law.

Key Words Repackaging Original Trademarked Goods; Fair Use; Trademark Use; Exhaustion of Trademark Right; Likelihood of Confusion; Quality Guarantee Function

作者简介：胡丹阳（1995-），华东政法大学知识产权学院博士研究生，联系电话：

19802126225, 电子邮箱: hudanyang666@163.com。