

试论造假卖假行为涉及的商标侵权及商标权人权益保护问题

赵 睿

云南大学法学院, 云南 昆明

收稿日期: 2022年7月15日; 录用日期: 2022年9月5日; 发布日期: 2022年9月14日

摘 要

改革开放后随着我国市场经济的迅速发展, 在社会市场领域产生的利益纠纷也越来越多, 近年来在我国出现并广泛传播的一种特殊买卖行为——“造假卖假, 知假买假”的现象屡见不鲜, 大范围的知识产权侵权情况扰乱了多年来稳定发展的市场秩序和社会治安。在这一现象背后, 产生了品牌商家的正当权益不断被侵犯却无法根据相关法律进行维权、造假卖假现象愈发猖獗却无人管制等热点争议话题。文章中对该行为本质和相关涉及权利的分析, 围绕商标侵权, 对“造假卖假”行为产生的背景、原因、行为侵犯的商标权、行为所涉及的相关权益等问题进行探讨; 并从不同角度对“造假卖假”行为所产生的消极影响和积极影响进行分析, 进而提出应该如何保护品牌商家的商标权等正当权益的建设性意见。

关键词

造假卖假, 知识产权, 商标侵权, 权益保护

On Trademark Infringement and the Protection of the Rights and Interests of Trademark Owners Involved in Counterfeiting and Selling

Rui Zhao

School of Law of Yunnan University, Kunming Yunnan

Received: Jul. 15th, 2022; accepted: Sep. 5th, 2022; published: Sep. 14th, 2022

Abstract

After the reform and opening up, with the rapid development of China's market economy, there are more and more interest disputes in the field of social market. In recent years, a special buying and selling behavior that has appeared and widely spread in China "counterfeiting and selling, knowing and buying fake" is common. A wide range of intellectual property infringement has disturbed the stable development of market order and social security for many years. Behind this phenomenon, there are hot controversial topics, such as the continuous infringement of the legitimate rights and interests of brand merchants but unable to protect their rights in accordance with relevant laws, and the increasingly rampant but unregulated phenomenon of counterfeiting and selling. In this paper, the analysis of the nature of the act and the related rights involved, and around trademark infringement, discuss the background, reasons, trademark rights infringed by the act and the related rights and interests involved in the act; it also analyzes the negative and positive effects of "counterfeiting and selling" from different angles, and then puts forward constructive suggestions on how to protect the trademark rights and other legitimate rights and interests of brand merchants.

Keywords

Fake Selling, Intellectual Property Right Trademark Infringement, Protection of Rights and Interest

Copyright © 2022 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. 绪论

在汉服文化和利益逐渐复兴的时代,对汉服产生兴趣的人数呈现逐年上升趋势,但汉服文化的历史源远流长、礼仪服饰的复杂性以及服饰买卖领域中价格的两极性造成喜爱汉服的大众无法正确分辨汉服的质量问题,不能辨别正规品牌和山寨店之间存在的差异,有些汉服商家则以此为切入点,寻求自己的利益,制作并销售山寨汉服,这导致汉民族服饰销售市场中“造假卖假,知假买假”的现象不断社会化。这些行为的产生对品牌商家享有的正当权益造成了侵犯,并且对我国实施依法治国的政策、维持市场稳定和持续发展都有着消极意义。商家“造假卖假”的行为并不只存在于汉服市场,它普遍出现在各类销售和买卖领域,这种行为对大多数行业的渗透决定了其必然会对市场秩序维持和社会治安管理产生不可避免的危害。

“造假卖假”行为指的是在市场经济领域,商家生产、销售假冒伪劣商品,即明知自己生产以及销售的商品或提供的服务存在一定瑕疵,或者明知自己生产和销售此类商品侵犯了他人的合法权益,却依然进行生产和销售的行为。从往年商家制作、销售假货而消费者乐在其中地购买假货所引发的一系列侵权和维权案件中,可以看出当今社会对造假卖假行为产生了两种态度:一是认为这种行为最终会导致劣货驱逐良货、山寨取代正版,违背了我国新《消费者权益保护法》的立法初衷,对我国有关知识产权方面的各种法律的实施和落实产生一定的阻碍;二是认为这种行为在一定程度上可以遏制品牌商家“哄抬价格”的部分现象,可以促进品牌商家对自家商品的进一步创新与改良,从另一个角度激发了商家的发展潜能。而造成以上对同一行为产生两种观点分歧的关键性因素就在于造假卖假行为主体在行为时对有

关权利的侵犯程度和行为后对市场经济及社会法治化进程造成的影响范围。下面笔者将围绕造假卖假商家的商标侵权行为从以下五个方面逐一进行分析与说明。

2. 造假卖假行为产生的社会背景

2.1. 时代背景——我国的经济实力增强导致消费水平提高

造假卖假行为产生的时间并不晚，且数量不少，那么为什么会出现这种现象，并且发生概率持续性升高？从中国加入世界贸易组织时期开始，我国与其他国家的经济联系更加密切，其间的商品买卖日益频繁，但从我国大部分公民的消费现状来看，显然存在一部分人并不能支付起知名品牌的昂贵价格，基于此背景，很多商家和生产者将目光移到了“山寨”产品中，通过改变正规商品中的一些元素或在此基础上加上一点自己的创新，甚至直接照搬原创品牌的设计元素及外观形象等途径制作出了价格亲民却并无自己注册商标的产品，这些假冒伪劣产品迅速在市场中传播，并得到了一大部分国民的支持。

2.2. 法律背景——裁判标准不统一

在造假卖假行为高发的时代背景中，出现了大范围的侵权纠纷和赔偿诉讼，但是在解决各类纠纷的过程中，法律执行部门和司法裁判机关等国家权力机构常常出现“执法不严，司法不公”等裁判标准不统一的现象，这对于维护社会秩序的稳定、保障公民的合法权益产生了严重的阻碍作用。

2019 年公布了两份情节高度相似但判决却大相庭径的判决书，一个为上诉人与作为个体经营者的批发超市共计购买了不符合《中华人民共和国食品安全法》第三章¹及《中华人民共和国食品安全法实施条例》第三章²中有关“食品安全标准”规定的 12 瓶红酒且未饮用一案，该案件经两次审理，最终由山东省青岛市中级人民法院判决被上诉人即批发超市在此判决生效之日起 10 日内向上诉人支付购买金额的十倍赔偿金[1]；另一个案件则为上诉人在公证处工作人员的协同下向北京宏丰聚公司购买了 60 瓶贵州茅台酒，随即在公证处对上述茅台酒进行了鉴定，鉴定结论为该茅台酒“不是我公司生产(包装)”，其属于假冒产品，该案经过两次审理，最终北京市第三中级人民法院判决维持原判，即驳回上诉人要求被上诉人赔偿十倍赔偿金的诉讼请求[2]。上述两起案件高度的相似性，都为职业打假人(即以打假³索赔为生的人)知假买假，都是要求被上诉人 10 倍的赔偿金，但是判决结果却完全相反，决定性的一点在于两个法院对上诉人是否属于消费者的认定不同，前者认定知假买假行为属于消费者行为，支持了 10 倍赔偿请求，而后者则认定其不是消费者行为，驳回了 10 倍的赔偿请求。⁴类似裁判标准不统一的情况随着近年来法官的自主裁判权和自由裁量权的进一步加强时常发生，关键性因素还是在于执法者和司法裁判者对《消保法》、《著作权法》、《专利法》、《商标法》等法律条文认定的标准、法律适用和裁判尺度不统一，严重影响了司法的公信力，推动了商家造假卖假行为的发生。

3. 造假卖假行为猖獗的主观决定性因素

“造假卖假、知假买假”的行为一出现便一发不可收拾，国家的禁止、政府的管控、相关法律法规的打击却并不能减少这种现象的产生，而其中关键性和决定性的因素在于卖假者和买假者的主观心理态度。

¹ 参见《中华人民共和国食品安全法实施条例》第三章第二十四条 - 第三十二条，引自国家法律法规数据库。

² 参见《中华人民共和国食品安全法实施条例》第三章第十条 - 第十四条，引自国家法律法规数据库。

³ 此处打假是指打击生产、销售假冒伪劣产品以及为实施生产、销售假冒伪劣产品提供专业机械、原辅材料、制假生产技术、生产经营场所、运输仓储条件、资金、非法证件等违法犯罪活动所进行的工作。

⁴ 参见央视社会与法《统一裁判标准避免“同案不同判”》。

3.1. 追求符号意义的买假者

买假者为何要购买假冒伪劣产品，而不对正当品牌的产品进行消费？原因无非在于这部分人的收入水平不高，却又想要拥有品牌的“符号意义”，正如宋筱航学长所讲“他们对于仿冒产品的接受与主动购买的前提，是因为其将更多的关注放在了它所承载的特殊的‘符号价值’，而不是使用价值[3]。”于是他们贪图价格的便宜去购买可以一举两得的“高性价比”商品，认为既拥有了与正规品牌在外观上无甚差异的产品，又省下了可以用于他处的金钱，维护了自己的价格权益。还有另一种特殊的消费心理，即很多买假者寻求法律漏洞，利用《消保法》中关于消费者买到假冒伪劣产品时可申请经营者的惩罚性赔偿的规定，故意买假以获取经营者的巨额赔偿。从法律角度来看，无论以上哪一种消费心理，其产生的内在原因都是知假买假者对法律的不尊重，对他人智力劳动成果的不尊重。

3.2. 追求利益最大化的卖假者

商业投资的唯一目的即盈利，在经济全球化导致各大品牌迅速崛起的背景之下，有些品牌已经脱离社会的平均消费水平而只面向高收入的人群，这使得很多商家将目标转向了生产成本低、人力物力消耗少、服务费用低又具有高收益的“山寨”领域，由此产生了造假卖假者，他们基于消费者因收集证据困难、维权费用高昂等原因而放弃维权的侥幸心理，在对最大化利益的追求下，一旦开始这种行为就一发不可收拾。在巨大的利益面前，各类法律产生的威慑力对于这些商家并没有产生实质性的作用，甚至助长了他们造假卖假行为的发展与成熟。

4. 造假卖假行为侵犯了商标权人的商标权

基于以上对造假卖假行为产生的背景和原因的分析，需要先对侵犯的有关客体进行界定，才能进一步讨论对品牌商家正当权益的保护问题。该行为侵犯的客体之一为行为客体(即假货)所涉及到的商标权人的商标权，接下来笔者将围绕“商标侵权”来对其涉及到的行为性质认定和常出现的分歧问题进行分点阐述。

4.1. 造假卖假行为侵犯了品牌商家的商标权

商标权是指受法律保护的、由商标权人进行注册后产生的、并由商标所有人对其商标所享有的独占的、排他的权利；商标不仅包括其外在的图像、文字、线条等肉眼可见的元素，还包括其内在隐含的该品牌所达成的社会地位、盈利程度和受人们信赖的名誉积累等。商标是一种产品与另一种产品能够区分开的主要标志，对于一个商家来讲具有极其重要的地位，它不仅是企业的标志，也是企业的灵魂。侵犯商标权是指行为人在未经商标权人的同意下，在相同或类似商品上使用与其注册商标相同或近似的商标，或者其他干涉、妨碍商标权人使用其注册商标，损害商标权人合法权益的其他行为。

造假卖假行为对商标权造成的侵犯主要表现在商家对其他品牌商家已经注册的商标进行假冒和模仿的行为。假冒是完全复制的行为，是在与品牌商家相同的产品中使用不经修改的完全照搬照抄的同一商标的行为，后出现的商标是对原始商标外观等各个方面的全面搬移，这是对商标所有者的商标权进行直接侵犯的行为，只存在极少数情况；而模仿是在原始的基础上，对商标文字或商标图案进行创新修改或者重组排列，使消费者难以辨别其真伪的行为，包括在与正品商家的产品相同的产品中使用修改后却仍然类似的商标，或者在类似产品中使用该修改后的商标，都是对注册商标的仿冒行为，这是侵犯商标权的大部分现象。

4.2. 假冒注册商标罪的认定

上文说到假冒品牌商家的注册商标是直接侵犯商标权人商标权的行为，虽然该行为出现的情况较仿冒行为较少，但是它的侵权程度却远远大于仿冒注册商标的行为，《中华人民共和国刑法》第二百一十

三条规定了假冒注册商标罪⁵，可见假冒注册商标不仅仅是一般的侵权行为，更有可能触犯刑法。在商家假冒他人的注册商标时，既侵害了商标权人的商标专用权，也侵害了国家的商标管理制度以及消费者的合法权益[4]，在对此罪进行认定时，需要注意以下几个方面：第一，根据我国《商标法》第五十七条的规定⁶，可知未经商标注册人的许可而擅自使用其注册商标是构成本罪的前提；第二，造假卖假商家假冒的商标必须是他人已经注册的并且有效的商标，如果该商家所假冒的是他人未注册的商标，则不构成本罪；第三，根据我国《商标法》第四十条的规定⁷，当注册商标超过了其有效期被注销之后，该商标注册人则不再享有商标专用权，此时若有他人使用或假冒该已被注销的商标将不再构成假冒注册商标罪；第四，要将假冒注册商标罪与一般商标侵权区分开，商标侵权是指侵犯他人注册商标专用权的行为，根据我国《商标法》第五十七条的规定，可知侵犯注册商标专用权存在七种情况，而假冒注册商标只是其中的一种，构成对注册商标专用权的侵犯不一定能构成假冒注册商标罪，在司法实践中要注意对两者的区分，明确两者之间的界限。

4.3. 销售假冒注册商标的商品罪的认定

造假卖假行为中，除了商家假冒、品牌商家的注册商标在自己所生产的产品中，还包括销售假冒注册商标的商品，在这一销售行为中，行为主体可能在不知情的情况下进行“假货”的销售，但更多的情况是销售者明知自己销售的是假冒注册商标的商品，却仍然故意非法销售；但无论销售者是基于无意还是故意的主观心理，销售假冒注册商标的行为都侵犯了商标注册人的商标专用权，同时侵犯了我国商标管理制度和消费者的合法权益。但是两者在侵权程度上有所不同，销售者在无意的基础上“卖假”只在侵权的范围内，不能构成销售假冒注册商标的商品罪。《中华人民共和国刑法》第二百一十四条规定了销售假冒注册商标的商品罪⁸，也就是说只有在行为主体是“明知”的情况下才能构成此罪；另外，在认定该罪的时候，还应该注意以下几点：第一，非法销售假冒注册商标的商品，并且销售金额较大，这里的“销售”仅限于单项的卖方行为，并且以非法盈利为目的[4]；第二，在造假卖假行为中，若商家在自己的商品中使用以及注册的商标又自己进行销售，即生产和销售都为同一行为主体时，销售假冒注册商标的商品将会被假冒注册商标的行为所吸收，按照假冒注册商标罪来进行定罪处罚，行为主体将定义为吸收犯；第三，该罪规定中的“销售金额数额较大”指销售金额在5万元以上，并且是指在非法销售假冒注册商标的商品之后所得的全部违法收入，而不包括销售其他商品的所得；第四，要将本罪与一般商标侵权区分开，当销售金额未达到规定数额，或者无意销售此类假冒注册商标的商品时，则应该定为一般侵权行为；第五，要将本罪与假冒注册商标罪区分开，本罪侵犯的客体是假冒注册商标的商品，而后罪侵犯的客体是注册商标所有权人的注册商标，本罪的主体主要是销售者，后罪的主体主要是生产者，当两种行为同时发生时，则以假冒注册商标罪定罪处罚，行为人认定为“吸收犯”。

⁵ 参见《中华人民共和国刑法》第二百一十三条：假冒注册商标罪，是指违反国家商标管理法规，未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。

⁶ 参见《商标法》第五十七条：有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（一）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相同的商标的；（二）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；（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；（四）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的；（五）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；（六）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；（七）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

⁷ 参见《商标法》第四十条：注册商标有效期满，需要继续使用的，商标注册人应当在期满前十二个月内按照规定办理续展手续；在此期间未能办理的，可以给予六个月的宽展期。每次续展注册的有效期为十年，自该商标上一届有效期满次日起计算。期满未办理续展手续的，注销其注册商标。商标局应当对续展注册的商标予以公告。

⁸ 参见《中华人民共和国刑法》第二百一十四条【销售假冒注册商标的商品罪】的规定：销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

4.4. 商标侵权问题中相同商标与近似商标的认定

在假冒注册商标罪中，行为侵犯的客体为“相同商标”，在司法实践中，常常因为商标是否相同而产生争议，导致最终的裁判标准不统一。对于相同商标和近似商标的认定问题，相同的商标与上文所阐述的假冒商标是同一个概念，即指与被假冒的注册商标完全相同，与被假冒的注册商标在视觉上完全无差别，足以对公众产生误导的商标，使公众无法辨别其真伪的商标。这里需要注意的两点是“视觉上完全无差别”和“对公众产生误导”是认定相同商标的基本前提。⁹而对公众产生误导的商标，是指社会中的大多数人，除开专家或对品牌有专业研究的人，即处于人类平均认知水平的普通公民不能辨别其是否假冒的商标，并不包括只有少数人能够辨认的情况。对于与相同商标近似的概念——近似商标的认定，《商标民事案件意见》第9条规定：“商标近似是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。”行为人如果使用的是与他人注册商标相近似的商标，则只是一般的违法行为，只需承担相应的民事或行政责任，而使用与他人注册商标相同的商标将会构成犯罪，承担刑事责任；罪与非罪的界限，使得我们有必要对相同商标与近似商标的区分进行分析[5]。

4.5. 仅使用与他人注册商标相同或者近似的商标仍构成商标侵权

在社会生活中，因为大多数公民对法律的认知程度和侵权界限并不熟悉，了解不够深刻，因此在商品生产与销售中，很多商家只知道在相同或者类似商品上申请注册与他在先注册的商标相同或者近似的商标不能被核准，是侵犯商标权人商标权的侵权行为，但其往往会产生一个疑问，即如果造假卖假的经营者没有进行注册与品牌商家相同或相类似的商标，但在经营过程中使用了这种类型的商标，能否构成对知识产权人的商标权的侵害？也就是说，如果没有进行注册类似商标而仅仅是使用是否会构成侵权。《商标法》第五十二条第三项规定：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的，属于侵犯注册商标权。根据《商标法实施细则》第四十一条第二项规定：在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的文字、图形作为商品名称或者商品装潢使用，并足以造成误认的，属于侵犯注册商标专用权的行为。由上可知，无论造假卖假商家是否登记注册了商标，只要其他商家的行为满足了上述形式要件，即使用了与品牌商家相同或近似的商标，即使不进行登记注册也属于侵犯商标权的行为，并且是侵犯注册商标专用权的行为[6]。在汉服界中，上述假冒和仿冒的两种侵权行为同等存在，原因就在于很多消费者对汉服品牌和形制了解不多，仅从商标的层面对正版和山寨进行辨别存在较大困难，基于山寨的价格优势，很多新接触的消费者往往被这种侵权行为所欺骗。

4.6. 未经商标注册人同意，擅自去除商标的行为是否构成侵权

我国《商标法》第五十七条规定了侵犯注册商标专用权的七种情况，其中该条第五项明确规定：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于侵犯注册商标专用权。可知，将他人使用在商品上的商标去除后换上自己的商标，并将此类撤换过商标的商品继续销售时，将构成侵犯商标权的侵权行为；那么，如果仅仅是去除该注册商标，而不将自己的商标替换上去的行为是否构成侵权？目前我国《商标法》与《商标法实施条例》中并没有做出具体规定，对于此类情况，笔者认为可以分为两种情况，若行为人去除商品中注册商标的行为仅仅是为了便利自己的使用，限于在满足自己生活需求的范围内，此种拥有正当理由的情况不构成商标侵权；而若行为人去除注册商标的行为是基于给他人提供替换商标的便利或者进行二次加工等生产销售等心理，则可以认定为侵犯了注册商标专用

⁹2004年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》第8条。

权。商标专用权包括自己使用商标和禁止他人使用商标两方面的内容，而他人未经注册商标权人的许可下无正当理由去除商标可以认定为该行为人通过损害商标权人使用商标的利益以达到自己加害商标权人或者获得不当利益的目的[7]，将此行为认定为侵犯了商标权是有理论依据的，因此，笔者认为未经商标注册人同意，擅自去除商标的行为将侵犯注册商标专用权，并且应该将这种侵权行为规定在《商标法》及《商标法实施条例》中，或者将《商标法》第五十七条第五项的内容做扩大解释，做出禁止去除或更换商标的明确规定。

5. 造假卖假行为对当今社会产生的影响

造假卖假行为在当今市场经济规律的影响下，即便有《专利法》、《商标法》、《著作权法》等与知识产权有关的法律法规的规定，该行为的发展仍呈现出不断上升的趋势，对社会的市场经济秩序和法治建设产生了一些影响。

5.1. 对社会市场秩序产生的双重影响

5.1.1. 促进山寨产品的畅销，加重对市场经济秩序的扰乱

首先，造假卖假行为的猖獗为侵权违法现象的发生提供了滋生的土壤，减弱了市场的自我调节能力；其次，假货的生产成本、人力物力耗费都较品牌商家少，长期以来，品牌商家的盈利将逐渐减少，在市场中将处于弱势地位，导致的是真货和优品的不断减少，假冒伪劣的山寨货则更加繁荣；再次，低盈利将造成品牌商家对后续创新型产品的研发处于弱势，人们对研发投入的资本越多，就越有可能因为山寨货的横行而导致入不敷出，这一后果新晋商家对自我的经营和研发产生怀疑，开始权衡利弊，到底是争先创优闯出自己的品牌，还是生产假货来达到盈利的目的，两个想法使他们犹豫不定，严重打击了商家的积极性。

5.1.2. 提升品牌商家的创新力

造假卖假行为对市场经济秩序造成的消极影响是必然的，但是在某种角度上，此种行为也激发了一些品牌商家的创造力，提升了产品的研发率，促进了相关科学技术的进步，在山寨货不断出现的情境下，一些品牌商家转而对新产品的创新和研发来增强自己的市场竞争力，以此对生产假货的商家进行打击，这对于具有远大未来规划的品牌商家不失为一种不断前进的方式。

5.2. 对我国社会法治建设产生的双重影响

5.2.1. 影响法律权威，阻碍社会发展

首先，商家造假卖假行为的泛滥违反了有关知识产权的相关法律法规，损害了企业的合法权益，甚至可能危害消费者的人身健康和财产安全，同时在司法中因解决该类案件而产生的裁判标准不统一的现象严重影响了我国的法律权威。其次，山寨产品以非法方式产生，又以非正当手段进入市场流通，既逃避了企业所得税又逃避了流转税[8]，造成偷税漏税现象，不仅损害了国家法制，也造成了国家巨额的税收损失。

5.2.2. 促进有关机关完善立法和严格执法

商家造假卖假行为对品牌商家的商标权等知识产权的侵害，以及为解决此类侵权案件而产生的裁判标准不统一的现象，将在极大程度上促进我国对相关法律法规的完善，补充各法律的实施细则，同时将更加严格地监督地方政府的执法过程，顺利推进社会法治建设，从源头上减少各类侵权案件出现的频率。

6. 对造假卖假行为规范化管理的建议

对造假卖假行为积极影响的肯定并不代表其就应该或者值得被提倡，从上述分析来讲，此行为对国

家所造成的影响是弊大于利的，因此，它仍然是不值得提倡并且应该被严厉禁止的行为。在本节笔者将基于现今已有的法律法规，对造假卖假行为的规范化管理提出自己的建议。

6.1. 保护品牌商家的商标权等知识产权

6.1.1. 完善相关的法律法规，做到有法可依

从立法层面出发，对注册商标专用权人行使专用权的规定从全方面进行完善，做出例外规定，以保障第三人的正当使用权，即规定未注册商标的在先使用权。从司法实践中看，我国现存的商标包括登记注册的商标和未注册商标，而《商标法》却只对注册商标予以保护，未注册商标不享有独占排他的权利，这一法律规制的缺失导致市场中时常出现抄袭复制、抢注他人商标的行为发生，对市场经济秩序造成了极大的破坏。根据世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》第十六条第一款作出“已注册商标所有者所拥有的权利不应妨碍任何现行的优先权”的规定，结合我国对商标权的保护，应该在权利人行使权利时给予适当限制，而这是商标立法的空白，因此，应该对未注册商标的在先使用权作出一定的保障和范围限制。

6.1.2. 相关部门严格执法、公正司法

充分发挥司法执法机关和有关部门的职能，做到执法必严、司法公正：第一，发挥法院的特殊职权，将司法实践中遇到的疑难问题和有争议的问题制定为指导性文件，以此作为后续解决侵权行为的一个参照；同时，将地方各级法院在适用法律中出现的分歧纳入其调整范围，通过发布指导性案例和出台有关司法解释的方式，统一同类案件的裁判标准。第二，发挥政府依法进行规制的作用，依据与知识产权相关的法律法规对造假卖假行为进行详细的分析和性质界定，坚决抵制完全意义上的侵权行为，加大对造假卖假行为的打击。

6.1.3. 加强市场主体的守法意识

加强对市场主体的法律法规教育，增强守法意识，市场经济是法治经济，要求市场主体和广大消费者都要学法、知法和守法。首先，政府要贯彻依法治国方略，广泛开展普法教育，尤其是对有关知识产权等法律法规的宣传教育。其次，可以通过互联网、融媒体等途径以视频宣讲、故事拍摄、专业人士讲解等方式重点加强对有关市场经济的法律法规的宣传教育，创作良好的学法、守法氛围。

6.1.4. 改善市场交易环境

引导广大公民和有监管职责的机构积极进行民主监督，打造诚实信用的市场交易环境：一是通过市场主体的自我道德约束，从其内心的道德、外界和执法机关对其行为的评价和限制，从主观心理对此行为进行规制。二是发挥广大消费者的监督作用，以举报等方式进行监督，相关地方政府可设立相应的群众举报奖励制度，发挥其私权利主体的积极性。三是打破中央政府与地方政府、消费者协会和消费者之间的信息壁垒，形成上下联通的信息网络^[9]，全面将记录在案的造假卖假案件进行整合，在全国范围内构建信息审查和处理机制，督促负有监管职责的机构积极履职，彻底消除造假卖假行为的滋生土壤。

6.2. 积极引导商家有造假卖假可能性的行为

对于有些商家意欲造假卖假的行为，是可以给予其正确引导的，使其在知识产权的范围内继续发展，这是减少社会中山寨产品出现数量的有效方法。在山寨产品的领域，处于侵权边缘的行为占比较多，对于这些有侵权嫌疑的行为，政府应该给予积极的正确引导；而对于已经存在的山寨文化，政府也不应该无视或放弃，而应为其提供一个合法的发展平台，在引导中让这些行为产生的结果走向正轨，让其在知识产权的合法领域内健康持续发展。

6.3. 鼓励商家对已有商品进行合理的创新性改良

很多模仿和创新类的山寨产品，它们是在原商品的基础上进行改良与创新，我们不能否认一些产品在进行部分创新之后使用性能更强的事实，但这样的仿制难免会触及到侵权的底线，对于山寨产品中的这部分创新因素，我们应该予以保护和鼓励，这样的保护是指对有创新想法的商家给予正确引导，规避侵权行为的发生。各地方政府应该在政府层面予以相应政策支持，根据各地的具体情况出台支持商家积极创新的地方政策，让有创新想法的商家向有关部门进行申请，政府对其安排专业引导者，在法律方面予以指导，以达到减少造假卖假现象、鼓励创新和维护市场经济秩序的目的。

7. 结语

商标权等知识产权作为公民权利的重要组成部分，俨然已经成为公民个人和各商家企业的无形财产，背后蕴含着巨大的商业利益。造假卖假现象的出现和发展、山寨产品的日益繁荣和猖獗对知识产权人的商标权造成了巨大侵害，而这一现象的出现不是偶然的，可以说山寨产品的出现是我国文化开明和科技强大的结果，但是完全的复制和模仿并不值得提倡，甚至应该全面禁止。面对市场经济中出现的“造假卖假、知假买假”这一社会热点问题，笔者首先从身边存在的现象即汉服市场中很多汉服爱好者知假买假的现象入手，通过对此现象出现的社会背景、买卖双方的主观因素等进行逐一分析，阐明了这一现象繁荣发展的外部原因在于我国法律制度的不完善和裁判标准不统一；内部原因在于消费者对大品牌符号意义的追求以及商家追求最大化利益的心理。随后，笔者主要对造假卖假行为侵犯到商标权人的商标权进行了分析，明确了这一行为在侵犯品牌商家商标权时涉及到的各类问题。最后，笔者从权衡利弊的角度对造假卖假行为给社会市场经济秩序以及我国社会法治建设造成的消极和积极影响进行分析，并据此提出了对此类行为规范化管理的三个建议，以期减少社会中的造假卖假现象，规范市场交易秩序，积极推动社会法治建设，促进社会进步。

假货与真货、品牌商品与山寨产品的界限，究其根源，无非是模仿的自由与限制的问题，对原商品进行模仿的程度决定了其行为是否会侵犯到商标权等知识产权，构成违法。立足于我国的基本国情，造假卖假现象的存在确有其合理性，但其中一大部分都是非法的复制模仿，没有加入自己的创新，面对这一鱼龙混杂的局面，我们需要坚持以法律为准绳、以事实为依据的原则，对非法的造假卖假行为进行严厉打击，对处于违法边缘的创新给予积极引导，使创新成为各类商家的首要选择。

参考文献

- [1] 山东省青岛市中级人民法院. 山东省青岛市中级人民法院(2019)鲁 02 民终 263 号民事判决书[Z]. 2019.
- [2] 北京市第三中级人民法院. 北京市第三中级人民法院(2019)京 03 民终 6950 号民事判决书[Z]. 2020.
- [3] 宋筱航. 知假买假: 对消费者认同危机的探析[J]. 法律与社会, 2016(1): 165-166.
- [4] 刘远山. 论我国侵犯商标权犯罪的定罪和处罚及其刑法完善[J]. 河北法学, 2006(3): 22-29.
<https://doi.org/10.16494/j.cnki.1002-3933.2006.03.005>
- [5] 朱柳. 略论我国商标犯罪的若干问题[D]: [硕士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2012.
- [6] 刘政. 论山寨产品中商标模仿的适度边界[J]. 中国集体经济, 2009(19): 105-106.
- [7] 刘晓海. 对商标权取得原则和商标“反向假冒”的思考[J]. 知识产权, 1999(1): 16-19.
- [8] 田武全. 制假售假的危害与综合治理[J]. 唐山学院学报, 2010, 23(2): 87-89.
<https://doi.org/10.16160/j.cnki.tsxyxb.2010.02.035>
- [9] 李俊峰. 公平竞争自我审查的困局及其破解[J]. 华东政法大学学报, 2017(1): 118-128.