

“销售刮码产品的法律责任”文献检索报告

【作者简介】郑巧颖，浙江大学光华法学院 2021 级法学硕士

【指导教师】魏立舟，浙江大学光华法学院

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

1 法律问题提取

玫琳凯公司诉马顺仙商标侵权及不正当竞争一案¹中，一二审法院对被告将被诉侵权产品包装上的二维码、生产批号喷码刮损后出售的行为性质认定不一。一审法院认为，商品刮码后商品的完整性受到破坏，刮码行为破坏了原告长期建立的销售体系、服务体系，长此以往，必将贬损驰名商标的市场声誉，被告的行为构成侵权和不正当竞争；二审法院则认为，被诉产品系正品，根据商标权权利利用尽原则被告有权对该商品进行自由处分，不认为商标侵权，且认为被告销售刮码的商品并未违反诚实信用原则和公认的商业道德，而竞争者在市场竞争中需要容忍适度的干扰和损害，实现消费者福利最大化，也不构成不正当竞争。

从一二审法院截然不同的判决结果我们可以得出以下几个法律问题：在没有合同约定双方行为的前提下，商品刮码行为是否构成商标侵权（在相同或类似商品上使用相同或近似标识 or 给他人的注册商标专用权造成其他损害）？商品刮码行为是否适用权利利用尽原则？刮码行为是否属于不正当竞争行为？

笔者在逐渐深入的检索过程中发现，法律问题并不只是案件本身的争议焦点之类的问题，在之后深入的检索过程中还可以延申、补充问题，比如本案中涉及到的转售商品、平行进口中的的商誉和商标品质保证功能等问题。

2 关键词（Core Terms）与检索途径

中文关键词：刮码销售、涂码销售、剪码销售、刮码、抹码、窜货²（从阅读判

¹ 浙江省高级人民法院（2020）浙民终 479 号民事判决书。

² 邵赛与圣龙天使（北京）商务有限公司合同纠纷一审民事判决书[(2020)京 0112 民初 22454 号]、北京国平瑞和商贸有限公司与重庆慧途商贸有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书[(2021)京 02 民终 7795 号]。

决书中得知)、商品重装、商标法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、
英文关键词: remove (removal of)、the batch codes、batch codes obliterated、
Decoded Products、Gray Market Goods

中文数据库: 北大法宝、中国知网、威科先行、微信搜一搜、鸠摩搜书

外文数据库: Westlaw、Lexis advanced、谷歌学术(镜像:
<https://ac.scmor.com/>)、z-library

3 检索思路

在中文数据库, 包括北大法宝-类案检索、威科先行-案例

4 中文文献检索

4.1 国内文献检索

4.1.1 一次资源-法律法规与案例

4.1.1.1 法律法规及其他规范性文件

《反不正当竞争法》(2019年修正)

第二条 经营者在生产经营活动中, 应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则, 遵守法律和商业道德。

本法所称的不正当竞争行为, 是指经营者在生产经营活动中, 违反本法规定, 扰乱市场竞争秩序, 损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

本法所称的经营者, 是指从事商品生产、经营或者提供服务(以下所称商品包括服务)的自然人、法人和非法人组织。

第六条 经营者不得实施下列混淆行为, 引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系:

(一) 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；

（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；

（三）擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；

（四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国反不正当竞争法》若干问题的解释

第一条 经营者扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者合法权益，且属于违反反不正当竞争法第二章及专利法、商标法、著作权法等规定之外情形的，人民法院可以适用反不正当竞争法第二条予以认定。

第三条 特定商业领域普遍遵循和认可的行为规范，人民法院可以认定为反不正当竞争法第二条规定的“商业道德”。

人民法院应当结合案件具体情况，综合考虑行业规则或者商业惯例、经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等因素，依法判断经营者是否违反商业道德。

人民法院认定经营者是否违反商业道德时，可以参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等。

第十三条 经营者实施下列混淆行为之一，足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的，人民法院可以依照反不正当竞争法第六条第四项予以认定：

（一）擅自使用反不正当竞争法第六条第一项、第二项、第三项规定以外“有一定影响的”标识；

（二）将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众。

《商标法》（2019年修订）

第四十八条 本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、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。

第五十六条 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。

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。

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第一条 下列行为属于商标法第五十七条第（七）项规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为：

（一）将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的；

（二）复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的；

（三）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。

《商标审查审理指南》

《化妆品监督管理条例》

第三十五条 化妆品的最小销售单元应当有标签。标签应当符合相关法律、行政法规、强制性国家标准，内容真实、完整、准确。

第三十六条 化妆品标签应当标注下列内容：

- (一) 产品名称、特殊化妆品注册证编号；
- (二) 注册人、备案人、受托生产企业的名称、地址；
- (三) 化妆品生产许可证编号；
- (四) 产品执行的标准编号；
- (五) 全成分；
- (六) 净含量；
- (七) 使用期限、使用方法以及必要的安全警示；
- (八) 法律、行政法规和强制性国家标准规定应当标注的其他内容。

《药品说明书和标签管理规定》

第六条 药品说明书和标签中的文字应当清晰易辨，标识应当清楚醒目，不得有印字脱落或者粘贴不牢等现象，不得以粘贴、剪切、涂改等方式进行修改或者补充。

4.1.1.2 案例

以“**刮码销售**”为关键词，在威科先行-案例中进行全文关键字检索，得到 11 条结果，剔除上诉案件中的一审判决书以及与本案不相类似的案例，如发生在销售者和消费者之间纠纷案件³、原告撤诉案件⁴、在相同或类似商品上使用相同或近似商标的侵害商标权案件⁵；在北大法宝-司法案例中进行全文关键字检索，得到 8 个案例，均已被威科先行的检索结果中包含；在法信数据库中进行相同检索，得到的 9 个结果均已被威科先行的检索结果中包含。

³ 范红祥与马秀花信息网络买卖合同纠纷一审民事判决书[上海铁路运输法院] [(2021)沪 7101 民初 481 号]、邢继来、南昌经济技术开发区婴之树母婴生活馆网络购物合同纠纷二审民事判决书[(2020)湘 01 民终 3322 号]。

⁴ 湖南旻一生物科技有限公司、姜俊红等侵害商标权纠纷民事一审民事裁定书[(2021)湘 13 民初 6 号]

⁵ 广东梵蜜琳生物科技有限公司与深圳青龙生物科技有限公司、浙江淘宝网络有限公司侵害商标权纠纷一案民事判决书[(2020)粤 0111 民初 14939 号]。

以“刮码”为关键词，在威科先行-案例中进行全文关键字检索，得到 72 条结果，再将检索到的案例根据案件事实，筛选出与本案相类似的案例共 9 个，同时，在检索到的案例中，笔者发现，也以买卖合同纠纷为案由解决类似的案例，如邵赛与圣龙天使（北京）商务有限公司合同纠纷一审民事判决书〔(2020)京 0112 民初 22454 号〕。

以“抹码”为关键词，在威科先行-案例中进行全文关键字检索，得到 3 条结果；

以“窜货”为关键词，案由选定为“民事”“知识产权与竞争纠纷”，在威科先行中检索，得到 264 条结果，再以“不正当竞争”“商标权”为关键词在上述结果中进行标题检索分别得到 11 条和 77 条结果。

根据前面提到的检索思路，我找到了十几个跟本案相似的案例，案判决结果可以分为这么三类：不构成商标侵权，也不构成不正当竞争/不构成商标侵权；不构成商标侵权，但构成不正当竞争；构成商标侵权。

对于**第一类不构成商标侵权，也不构成不正当竞争/不构成商标侵权**案件，法院认为，虽然刮除了部分溯源码，但并未达到影响指示商品来源的功能，也未影响消费者对于商品本身品质和信誉的评价，更不会影响消费者对商品的使用，不会造成相关公众的混淆。还有一种观点是商标专用权人或经其授权的人所制造的商品在第一次投放到市场后，权利人即丧失了对商品的控制权利，如该商品在流转过程中并未破坏原有商标功能的发挥，就没有必要予以禁止。另外，商标权利人为了对使用其注册商标的商品进行品牌管控，与其经销商就商品价格、销售渠道等进行相关约定，属于其内部管理问题，对于违反该种约定的经销商，一般可由商标权利人通过追究其违约责任进行权利救济，而无需援引《反不正当竞争法》进行规制。

比如在广东太阳神集团有限公司、高碑店市南环路春春保健食品店等知识产权与竞争纠纷⁶一案中，法院认为，被告刮除了部分溯源码，但并未达到影响指示商品来源的功能，不会造成相关公众的混淆且根据权利用尽原则，被告刮码行为并未破坏原有商标功能的发挥，不构成商标侵权，经营者在市场竞争过程中不

⁶ (2021)冀 06 知民初 79 号民事判决书。

负有维护其他经营者商业模式的义务，不能因为个别经营者商业模式受到影响或利益受损就推断竞争行为具有非正当性，被告以合法方式获得原告的商品后，原告已经通过销售行为获得了相应收益，其作为商品生产者的利益并未受到影响，原告出售刮除溯源码商品的行为，不构成不正当竞争。在许地文与浙江淘宝网络有限公司、深圳市龙岗区名城食品经营部侵害商标权纠纷⁷一案中，法院认为，根据商标权利用尽原则，虽然产品外包装上的部分二维码被刮除，但商品来源于原告授权运营方系客观事实，涉案商标区分商品来源的功能并未受到影响，不会导致相关公众对商品的来源产生误认，且该商品的质量始终在原告或其授权运营方的管控条件下，涉案商标的品质保障功能并不因二维码的缺失而受到影响，不构成商标侵权。

对于**第二类不构成商标侵权，但构成不正当竞争**案件，法院认为刮码行为违反了“商业道德”，主观上存在恶意；攫取了其他合法经营者的交易机会，不正当地获取了较其他合法经营者更多的竞争优势，破坏了经销商之间正当的竞争秩序，同时影响了原告对质量的追踪管理，长此以往甚至可能对权利人的品牌价值造成贬损，构成不正当竞争。

比如在完美（中国）有限公司与绍兴市柯桥区杨汛桥镇胡素娟保健品店、浙江淘宝网络有限公司不正当竞争纠纷⁸一案中，法院认为，根据商标权利用尽原则被告未实质性改变商品的外观，品质不构成商标侵权，但被告的行为攫取了其他合法经营者的交易机会，不正当地获取了较其他合法经营者更多的竞争优势，破坏了经销商之间正当的竞争秩序，同时影响了完美公司对质量的追踪管理，长此以往甚至可能对权利人的品牌价值造成贬损，构成不正当竞争；在玫琳凯公司与李波、浙江淘宝网络有限公司侵害商标权纠纷⁹一案中，法院认为根据商标权利用尽原则，被告并未侵犯原告的注册商标专用权，但被告的该种行为削弱了玫琳凯品牌线下经销商的竞争优势，攫取其交易机会，不正当地获取了竞争优势和竞争利益。该种不诚信地、损人肥己的行为违反《反不正当竞争法》第二条之规定，构成不正当竞争行为；在玫琳凯公司与安徽耀佳电子商务有限公司等侵害商

⁷ (2020)粤 0307 民初 33117 号民事判决书。

⁸ (2019)浙 0110 民初 17059 号民事判决书。

⁹ (2019)浙 0110 民初 6192 号民事判决书。

标权纠纷¹⁰一案中，法院认为，根据商标权利用尽原则，被告并未侵害涉案商标专用权，但被告主动将生产批号刮损后予以销售，违反了“商业道德”，主观上存在恶意；被告销售刮码商品的行为，损害了其他守约经销商的合法利益，破坏了经销该品牌商品的所有经销商之间的正当竞争秩序，同时，被告通过低价销售也从该种行为中获取了不正当利益。该种不诚信的、使用不当手段损人利己的行为属于《反不正当竞争法》应予以规制的行为。

对于**第三类构成商标侵权**案件，有法院认为刮码的商品不是“正品”，被告未经原告许可擅自销售与原告注册商标相同的商品，构成了侵权。也有法院认为刮码行为，在主观上有隐匿商品来源的恶意，客观上破坏了商品的完整性：一方面，妨碍了商标权人对产品质量的追踪管理，干扰了商标权人控制产品质量和价格的权利；另一方面，影响了商标的识别功能，侵害了消费者对商品来源及产品信息的知情权，有可能导致相关公众对商品真实来源产生混淆、误认。因此，刮码行为属于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”情形，构成对注册商标专用权的侵犯。

比如在美国安利有限公司等与成华区张丛舟商贸部侵害商标权纠纷¹¹一案中，商标权人将商标标志用于商品并将其投入市场后，该商品与商标等多种要素发生紧密联系，擅自改变商标或商品中的任一要素，都有可能构成对注册商标的识别和指引功能的损害，经营者去掉产品识别码，包括二维码、条形码或者跟踪码，影响了商标的识别功能，由此导致消费者对产品真实来源和销售渠道产生疑惑、误认或者混淆，被告的行为属于《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情形，构成商标侵权；在广东梵蜜琳生物科技有限公司与深圳青龙生物科技有限公司等侵害商标权纠纷¹²一案中，法院认为，判定商标侵权的主要因素是被控侵权商品无有效证据链证明其采购自合法供货商，加之产品防伪码被撕毁，无法证明其系来源于原告的正品。防伪码已被撕毁，不符合化妆品正品流通的一般特征，故构成商标侵权行为；在康宝莱（中国）保健品有限公司与南京市玄武区再展食品经营部侵害商标权纠纷¹³一案中，法院认

¹⁰ (2019)浙 0110 民初 4350 号民事判决书。

¹¹ (2018)川 01 民初 574 号民事判决书。

¹² (2020)粤 0111 民初 14939 号民事判决书。

¹³ (2019)苏 0591 民初 12119 号民事判决书。

为，产品识别码是特定商品相关信息的标识，能够为权利人及消费者识别、追溯产品来源提供便利，被告的行为影响了商标的识别功能，侵害了消费者对商品来源及产品信息的知情权，有可能导致相关本案公众对商品真实来源产生混淆、误认，因此构成对注册商标专用权的侵犯；等等¹⁴。

4.1.2 二次资源-图书专著、期刊论文

4.2.2.1 图书专著

对于本案的最核心法律问题国内并没有专门的论著进行论述，因此本文在中文二次资源的检索的部分主要集中在期刊论文上。

4.2.2.2 期刊论文

以“刮码”为关键词，在知网上进行全文检索，得60条结果，但与本案有关的文章实在太少；在微信搜一搜里检索，得到的文章基本是对案例的梳理，并没有提出有关的观点。

《网络平台商标间接侵权责任的判定》张灿¹⁵

作者指出，在玫琳凯诉马顺先案例中，涉及到了对于非经商标权人授权的正品销售商是否构成商标侵权的问题。作者认为一审法院的判决用司法裁判的方式维护了网络平台上正品商品的多元化和各类市场主体之间的公平竞争。

《刮标剪标刮码剪码的商标侵权或不正当竞争—商标“非必要不破坏”原则与反刮码建议》王梨华 律化带之家（公众号）

作者认为，二维码刮除行为无疑削弱了商标来源识别功能，二者之间的联系被削弱甚至破坏割裂时，权利用尽原则在该种情况下能否适用，应当慎之又慎。商标权的本质是一种禁用权，即便侵权人行为未对商标权人声誉等造成损害，但未经允许擅自使用他人注册商标行为本身，已经违反了相关法律规定。

二维码刮除行为同时违反了自愿、平等、公平、诚信的原则，损害了其他经营者或消费者的合法权益，构成不正当竞争，不论二维码的损坏程度如何，刮码

¹⁴ (2018)沪0104民初26976号、(2018)豫民终1004号、(2019)浙0110民初16553号、(2021)豫01知民初1923号民事判决书。

¹⁵ 张灿,网络平台商标间接侵权责任的判定[J].中华商标,2021(12):42-49.

行为能够证明经营者主观上具有过错，降价销售的方式对市场竞争秩序的破坏也不言而喻。

以“涂码销售”为关键词，在知网上进行全文检索，得结果：

《商品改装、修理行为商标侵权问题研究》冯晓青，范臻¹⁶

在商标侵权纠纷案件中，对于间接掩盖他人商标是否构成商标侵权的问题，则需结合主观心态予以综合认定。此类行为通常表现为污损其商标或涂销其二维码、生产批号等辅助识别标识。倘若污损本身仅为商标商品所固有，则不构成侵权；但反之，则难辞其咎。原因在于，涂销行为本身可能减损商品包装的美观程度，进而影响消费者对商标商品的态度及其购买行为。过分肮脏的污损、不合时宜的简陋倾销可能导致商标淡化。

《“刮码”药品检验合格该如何定性处理》中国医药报¹⁷《完善法规 打击擅自更改标签行为》陈志元¹⁸

这两篇文章的观点均未涉及到《商标法》或者《反不正当竞争法》的内容，对刮码销售药品的行为都是支持适用《药品管理法》等有关药品管理规范进行规制。

以“Davidoff 商标”为关键词，的学术期刊 40 篇，筛选较为权威的期刊进行阅读：

《翻新销售的商标侵权界限研究》向威，张颜华¹⁹

作者从考察消费者的心理入手，认为消费者购买商品在意的属性如果在对包装有所修改的两个产品上有所不同，可能会致使消费者以为商标权人的产品质量不统一，甚至可能对商标权人的全部商品的质量产生怀疑，导致商标权人商誉下滑。但是真正能否构成商标侵权还要与混淆原则和商标权用尽结合来看：如果翻新产品和新品存在的区别影响消费者的购买，就可以认定的是消费者对新品和翻

¹⁶ 冯晓青,范臻.商品改装、修理行为商标侵权问题研究[J].邵阳学院学报(社会科学版),2021,20(06):39-47.

¹⁷ “刮码”药品检验合格该如何定性处理[N]. 中国医药报,2014-10-29(003).DOI:10.38249/n.cnki.nyiya.2014.001997.

¹⁸ 陈志元. 完善法规 打击擅自更改标签行为[N]. 中国医药报,2014-10-29(003).DOI:10.38249/n.cnki.nyiya.2014.001998.

¹⁹ 向威,张颜华.翻新销售的商标侵权界限研究[J].湖南行政学院学报,2020(4):8.

新商品之间确有产生混淆的可能性；翻新产品的区别如果达到影响购买决定的程度，翻新商品不能被商标权用尽原则涵盖，且在上述构成商标混淆的情况下，可以构成商标的直接侵权。

《商品状况改变后的权利穷竭问题研究》杨源哲，杨振洪²⁰

作者认为刮除条形码的行为会破坏商标的品质担保功能，条形码上包含了产品的产地、保质期、真伪情况等重要信息，是消费者了解产品的一个重要渠道。将条形码抹去后又向消费者销售，消费者将难以知道该产品的产地来源、保质期限以及真伪”情况。

为增加检索结果，以“商品改装”的相似概念“旧货翻新”为关键词在知网上进行检索，发现，对于旧货翻新中“带有原商标的正品是否构成商标侵权”学界也有两种观点：有些学者认为保留原商标的旧货翻新行为将导致消费者对翻新品与新品的造成混淆，且侵犯了商标的品质保证功能，因此属于商标侵权行为²¹；而也有学者提出相反的观点，并不是所有保留原商标的旧货翻新都构成商标侵权，只要未实质改变商品，则新品仍然是真品属于同一商品来源，并不导致混淆，适用商标权用尽原则²²。

4.2 台湾地区文献检索

4.2.1 一次资源-法律规定

台湾地区《商标法》

第36条第2款 下列情形，不受他人商标权之效力所拘束：

……

附有注册商标之商品，由商标权人或经其同意之人于国内外市场上交易流通，商标权人不得就该商品主张商标权。但为防止商品流通于市场后，发生变质、受损，或有其他正当事由者，不在此限。

²⁰ 杨源哲，杨振洪. 商品状况改变后的权利穷竭问题研究[J]. 知识产权, 2014(1):5.

²¹ 祝建军. “旧手机换新壳”侵犯注册商标专用权[J]. 中华商标, 2009.

²² 魏大海. 旧货翻新再销售商标侵权之裁判[J]. 中华商标, 2013(9):5. 曹新明, 阳贤文. “旧物翻新”行为法律属性辨析——以假冒注册商标罪为中心[J]. 中华商标, 2015(4):5.

4.2.2 二次资源-期刊论文

“以商品改装”为关键词在月旦知识库检索，得1篇刊登在《月旦法学杂志》文章《将附有商标之商品改装之商标权耗尽》，作者陈昭华认为，商标须保障在任何的销售阶段都维持其商品的原来状态，若商品在交易流通后，收到任意改变、损坏，将对商标的形象有损，从而影响商标权人的权益，商标权人可以其商标权受侵害为由主张权利，此时并无权利利用尽的适用余地。

以“商品条码为关键词”再次检索，找到的文献内容是有关“伪造商品条码构成台湾地区构成刑法伪造准私文书罪”，与本案知产领域关系不大。

【检索心得】

虽然有关刮码销售的案件屡见不鲜，但学界对这一问题的正面讨论实在少之又少，对于这种问题可以适当扩大关键词检索范围。除了用中文关键词进行检索，我还使用了“Davidoff+商标”为关键词在知网上进行全文检索。这是在进行外文文献检索时突然想到的，既然我们可以用中文期刊论文的脚注寻找其他国家的案例，那么反过来是不是也可以通过影响力比较大的美国法判例的名称如原告的名称在中文数据库进行检索。因此我简单地搜索了一下，确实多了几篇涉及到类似“刮码销售”案例的文章。这样找到有关的中文文献多了之后还是可以根据文章脚注、知网同被引文献、引证文献以及相似推荐功能查找更多的文章；并且还可以根据这些文献产生新的关键词比如“转售商品”“翻新销售”“旧货翻新”等跟“刮码销售”相关或者上位的概念。这或许对初次检索中中文文章比较少的时候如何扩大搜索范围，获得更多结果有所帮助。

5 英文文献检索

5.1 一次检索

5.1.1 法律法规

《Trademark Act of 1946 (Lanham Act) (美国兰哈姆法案)》

15 U.S.C. § 1114 (Lanham Act § 32)—Remedies; infringement; innocent infringement by printers and publishers

(1) Any person who shall, without the consent of the registrant—

(a) use in commerce any reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation of a registered mark in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of any goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive; or

(b) reproduce, counterfeit, copy, or colorably imitate a registered mark and apply such reproduction, counterfeit, copy, or colorable imitation to labels, signs, prints, packages, wrappers, receptacles or advertisements intended to be used in commerce upon or in connection with the sale, offering for sale, distribution, or advertising of goods or services on or in connection with which such use is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive,

shall be liable in a civil action by the registrant for the remedies hereinafter provided...

(1) 任何人在未经注册人同意的情况下——

(a) 将注册商标的任何复制品、伪造品、复制品或彩色仿制品用于商业用途，并与此类使用可能导致的任何商品或服务的销售、许诺销售、分销或广告有关引起混淆，或引起错误，或欺骗；或者

(b) 复制、伪造、复制或彩色方式模仿注册商标，并将此类复制、伪造、复制或彩色模仿应用于旨在用于商业上或在商业上的标签、标志、印刷品、包装、包装材料、容器或广告与商品或服务的销售、要约销售、分销或广告有关，此类使用可能会导致混淆、错误或欺骗，

由登记人提起的民事诉讼，应当按照下述规定承担赔偿责任。……

15 U.S.C. § 1125 (Lanham Act § 43)—False designations of origin, false descriptions, and dilution forbidden

(a) Civil action

(1) Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which—

(A) is likely to cause confusion, or to cause mistake, or to deceive as to the affiliation, connection, or association of such person with another person, or as to the origin, sponsorship, or approval of his or her goods, services, or commercial activities by another person, or

(B) in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities,

(a) 民事诉讼

(1) 任何人在任何商品或服务或任何商品容器上或与之相关,在商业中使用任何文字、术语、名称、符号或装置,或其任何组合,或任何虚假的原产地名称,对事实的虚假或误导性描述,或对事实的虚假或误导性陈述——

(A) 可能会在该人与另一人的从属关系、联系或关联,或关于其商品、服务的来源、赞助或批准方面造成混淆、错误或欺骗,或他人的商业活动,或

(B) 在商业广告或促销中,歪曲他或她或他人的商品、服务或商业活动的性质、特征、质量或地理来源,

任何人认为他或她会或可能因该行为而受到损害的,应在民事诉讼中承担责任。

《Regulation (EU) 2017/1001 (欧盟商标条例)》

Article 15 Exhaustion of the rights conferred by an EU trade mark

1. An EU trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its

use in relation to goods which have been put on the market in the European Economic Area under that trade mark by the proprietor or with his consent.

2. Paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialisation of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market.

1. 商标权人无权禁止在由他自己或经其同意投放共同体市场的商品上继续使用该商标。

2. 当存在阻止商品进一步销售的合理理由，尤其是当商品投放市场后，其状况被改变或被损坏时，不适用第 1 款。

5.1.2 案例

【检索思路】

我的检索思路是首先，利用好中文二次资源。在开始检索的时候，运气不错在《商品改装、修理行为商标侵权问题研究》一文中，提到了 Davidoff & Cie, S.A. v. PLD Int'l Corp., 263 F.3d 1297. 这个案件。我正是从这一篇中文论文中开启了我的美国判例检索之旅；其次，关注判例中提到的其他判例。在阅读 Davidof 案时，我发现案例中提到了另外两个刮码销售的判例。Lexis 数据库可以直接点击判例中的链接进行阅读；再次，判例检索中最重要的一点是确定关键词。Lexis 数据库里的案例里都有 Core Terms 列出，我在阅读了几个判例之后，结合 core terms，我使用了 (obliteration or obliterate or removal or remove) and batch code 这个关键词，进行检索；最后，lexis 的谢泼德也是一个很好的检索工具要好好利用。

在 LEXIS 数据库中，以 “(obliteration or obliterate or removal or remove) and batch code” 为关键词进行检索，得到 39 条结果，删除重复案例和本案无关案例，筛选可得以下结果：

Davidoff & CIE, SA v. PLD Int'l Corp. , 263 F.3d 1297, 1301 (11th Cir. 2001)

上诉法院同意地区法院的观点，即被告产品上的批号被抹去所造成的物理磨损构成了实质性差异，可能造成消费者混淆。

Graham Webb Int'l Ltd. Partnership v. Emporium Drug Mart, 916 F. Supp. 909 (ED Ark. 1995) and John Paul Mitchell Systems v. Randalls Food Markets, Inc. , 17 SW3d 721 (Tex. App. 2000)

不正当竞争和商标侵权行为的共同基础是消费者对商品来源的混淆可能性 (likelihood of consumer confusion)。 (The mere removal of batch codes from product containers, as occurred in this case, does not give rise to the element of likelihood of consumer confusion necessary for a Lanham Act claim.)

仅仅去除批号也不能确定由于缺乏质量控制而产生的实质性差异 (material difference)。 由于没有证据表明存在会导致消费者混淆的实质性差异，关于商标侵权或不正当竞争的主张不能成立。 (Here there was no evidence that removal of the batch codes defaced the bottles or compromised the quality of the products. Nor does the removal of batch codes alone establish a material difference due to lack of quality control.)

John Paul Mitchell Sys. v. Pete-N-Larry's, Inc., 862 F. Supp. 1020, 1994 U. S. Dist. LEXIS 14191, 32 U. S. P. Q. 2D (BNA) 1594 and Graham Webb Int'l Ltd. Partnership v. Emporium Drug Mart, 916 F. Supp. 909 (ED Ark. 1995)

去除标签会造成消费者的混淆，因为这属于实质性差异。 (Thus, removal of the label, just like replacement of the label, creates consumer confusion...it involves a material difference that a consumer would consider relevant to a decision about whether to purchase a product.)

Zino Davidoff SA v. CVS Corp., 571 F.3d 238 2009 U. S. App.

条码充当了一种质量控制机制，使该公司能够通过识别假冒产品和防止缺陷来保护其商标的声誉，因此除去该条码构成了商标侵权。

总结：

看了这些个判例，可以得出，这种去除生产批号、二维码的行为在美国需要美国《兰哈姆法案》。根据规定，商标权人享有控制商品质量的权利，如果被销售的商品不符合商标权人的质量控制标准，或与商标权人销售或授权销售的商品存在实质性差异，则这些商品不是“真品”，可能使得商标权人的商誉受损而被认定为侵权。灰色市场商品是否构成商标侵权的关键在于此。一般来说，商标法不禁止销售带有授权商标的商品，即使是在商标所有人不同意销售的情况下——这是美国的 first sale 规则，也就是权利用尽规则。但是，如果它们与在商标所有者授权下销售的商品“存在实质性差异”，则根据权利用尽规则，它们不是“正品”。

实质性差异是指这种差异会决定消费者是否购买产品。由于无数的考虑因素可能会影响消费者的偏好，因此实质性的门槛必须保持较低，甚至包括产品之间的细微差别。

对商品进行实质性差异检测的目的是“确定被控侵权产品是否可能损害商标所有人在商品中形成的商誉”。当被控侵权人销售的产品存在实质性不同时，“消费者可能会对商标商品的质量和性质产生混淆”。这种实质性差异“可能会影响消费者对所有者商品可取性的认知”，从而导致商标的“商业吸引力”受损，从而对商标所有者造成伤害。

根据《兰哈姆法案》构成不正当竞争的一个关键因素是消费者混淆的可能性，这种混淆可能性的检测方法 with 商标侵权中的混淆可能性检测方法一样。

5.2 二次资源

5.2.1 期刊文章

主要使用的是 lexis 案例右侧的 other citing sources 功能。lexis 案例右侧的谢泼德栏目，lexis 里检索到一个案例之后，他右侧会有谢泼德栏目，从里面可以看到本案是否有上诉，有的话可以直接链接到上诉的判决；可以找到该案引用的判例以及引用了该判例的判决以及后续判决的对词判例的态度；还可以找到引用了该判例的二次资源，other citing sources 功能，里面包含引用了

该判例的法律评论、期刊和论文等。

1. ARTICLE: FINANCING TRADEMARKED INVENTORY: CONSIDERATIONS FOR THE ASSET-BASED LENDER, 36 J.L. & Com. 169

A variant of the “genuine goods” line of cases involves goods that have been repackaged or modified since the time of their first sale. Trademark infringement can exist if the modified goods are “materially different” than those sold by the trademark owner, such that they generate consumer confusion about the source and quality of the trademarked product. Case law suggests that materiality must be determined on a case-by-case basis. This fact-specific analysis has resulted in seemingly inconsistent case law concluding that **goods can be materially different even without significant modification, and that significant modification may not result in trademark infringement when the modification is fully disclosed.**

“正品”系列案件的一个变种涉及到商品在首次销售后被重新包装或修改。如果修改后的商品与商标所有人销售的商品有“实质性差异”，从而使消费者对商标产品的来源和质量产生混淆，则可能存在商标侵权行为。判例法表明，实质性问题必须在个案的基础上确定。这种针对具体事实的分析导致了看似不一致的判例法，其结论是：即使没有重大修改，商品也会有实质性的差异，而当修改被充分披露时，重大修改可能不会导致商标侵权。

2. ARTICLE: Statutory and Judicial Approaches to Gray Market Goods: The “Material Differences” Standard, 95 Ky. L. J. 107 (Kentucky Law Journal 2006 / 2007)

In translating this rule to the gray market scenario, courts have held that if there is even one “material” difference (defined as a difference that consumers would likely consider in making their purchasing decision) between the imported goods and the goods produced for the domestic market, consumer confusion is likely, the U.S. trademark holder’s goodwill is

diminished, and the importation and sale of the gray market goods infringes the U.S. mark. Because manufacturers often alter products to satisfy specific preferences in different national markets, such material differences are likely to exist in many, though not all, instances involving gray market goods. The material differences standard acts as a proxy for the likelihood of confusion test traditionally used in trademark infringement cases, permitting gray market goods to be sold unless the goods are "materially different" from those sold through authorized distribution channels.

在将这一规则转化为灰色市场的情况下，法院认为，如果进口商品和为国内市场生产的商品之间存在哪怕一个“实质性”差异（定义为消费者在做出购买决定时可能会考虑的差异），消费者就有可能产生混淆，美国商标持有人的商誉就会减少，灰色市场商品的进口和销售就侵犯了美国的商标。由于制造商经常改变产品以满足不同国家市场的特定偏好，因此在许多（尽管不是所有）涉及灰色市场商品的情况下，可能会存在这种实质性的差异。重大差异标准是传统上用于商标侵权案件的混淆可能性测试的代理，允许销售灰色市场商品，除非该商品与通过授权分销渠道销售的商品有“实质性差异”。

A presumption of consumer confusion is triggered whenever the difference between the genuine product and the allegedly gray market product is such that a consumer would likely consider it relevant in a purchasing decision. 只要真正的产品和被指控的灰色市场产品之间的差异，使消费者可能在购买决定中考虑到它，就会引发消费者混淆的推定。

在文章中，作者举例了 Davidoff、Montblanc 和 Graham、John Paul Mitchell Sys 这两组共四个案例，说明标记的改变程度似乎是确定实质性差异的关键。在后两起案例中，去除瓶子上的批号的做法很不明显，以至于瓶子没有被玷污，而法院认为不存在实质性的差异。此外，作者还列举了质量和质量控制措施的差异和标签、手册和其他书面材料的差异，这两个法院认为重要的实质性差异类型。

作者认为，将具有实质性差异的灰色市场商品认为是对商标权的侵犯是与

Lanham Act 对防止消费者混淆和保护商标持有人的商誉的目的是一致的。法院已经尽其所能保护消费者，并为美国注册商标持有人提供救济，但法院还必须注意商标持有人是否试图通过过度强调差异的方式，以获得国会尚未愿意扩大的对灰色市场商品的保护。

总结：

这种去除生产批号、二维码的商品常出现在商品平行进口的情况中，此时被称为“灰色市场商品”（Restricted gray market goods）。

根据 First Use 规则，也称为权利用尽规则，转售真正的商标商品一般不构成侵权。商标商品如果是在商标所有人（包括任何被许可人）的授权下制造的，则为真品而非假冒商品。一般来说，商标法不禁止销售带有授权商标的商品，即使商标所有人不同意销售。然而，如果它们与在商标所有者授权下销售的商品“存在重大差异”，则根据权利用尽规则，它们不是“正品”。

实质性差异测试的目的是“确定被控侵权产品是否可能损害商标所有人在商标商品中形成的商誉”。当被控侵权人销售的产品存在实质性不同但商标相同时，“消费者可能会对商标商品的质量和性质产生混淆”。这种实质性差异“可能会影响消费者对所有者商品可取性的认知”，从而导致商标的“商业吸引力”受损，从而对商标所有者造成伤害。如果要构成美国 Lanham Act 商标侵权，关键是要有造成消费者混淆的可能性，而两种商品之间的实质性差异可能会导致这种混淆可能性。

5.2.2 图书专著

直接在 Lexis-Secondary sources 检索“removal of batch codes”可得到一本名为“Gilson on Trademarks”的专著。专门该行为的认定详细的进行论述。也包括对 first use 原则、实质性差异、有关判例等等的介绍。是一本十分详尽的有关美国商标实践的检索工具书。知道国外有这种著作类型，能够直奔目的而去检索该类专著，会对我们检索域外的文献资源起到事半功倍的作用。