

编者按 3月12日，本版登载了《形象反向混充行为主体的特殊性》一文。作者在文中先容了一起案件：某国商人向我国某外贸公司订了一批鸭鸭牌羽绒服。由于订货数量较大，生产厂家的存货不能满足这个订单的要求，于是，这家外贸公司便在市场上购买了一批其他品牌的羽绒服，再委托某服装加工场拆除服装上原来的形象标记，缝上鸭鸭的形象标记。在这个案件中，实验形象更换行为的不是鸭鸭形象注册人，而是某外贸公司和某服装加工场。原文作者认为这两个单元的行为形成反向混充，工商部门也是以对两个单元处以10万元罚款。文章登载后，一些作者发来稿件，结合此案件，对反向混充行为的主体是否一定为更换后形象的权益人、反向混充行为的形成要件等问题进行了讨论。来稿观点不尽相同，也反映出执法职员对《形象法》第五十二条第（四）项存在不同理解。编者建议在考订形象条文法规时，对反向混充行为作出进一步明确的规定，以便于基层执法。

（一）笔者认为，《形象法》第五十二条第（四）项禁止反向混充行为的立法目的，首要是保障形象注册人通过自己的商品建立和传播自己形象声誉的权益，即创名牌权。根据全国人大条文委员会关于修改《形象法》的决定（草案）修改意见的书面请示，禁止反向混充形象侵权的立法动议，源于有的常委委员、专家提出，现在有的工厂未经形象注册人同意，私行将别人在商品上利用的注册形象去掉，换上自己的形象后投入市场销售，这种行为妨碍了别人的商品创名牌，该当加以限制”。但此立法背景，并不虞味着反向混充仅限于私行将别人在商品上利用的注册形象去掉，换上自己的形象后投入市场销售这一种情形。立法部门最终确定的条文是“未经形象注册人同意，更换其注册形象并将该更换形象的商品又投入市场的”。从语言来看，立法部门认为，熟手为人私行去掉别人商品上的原有注册形象后，无论是换上自己的形象，还是换上第三人的形象，或者没有加贴任何形象，只有将该商品又投入市场，就妨碍了别人的商品创名牌”。这也是现行禁止反向混充的规定应有的寄义。

着实，从保护民事权益的角度来看，能更好地舆解这一点。以鸭鸭羽绒服案为例：如果实验形象更换行为的是鸭鸭形象注册人，或者是受其指示、委托的单元、自我，那么被更换的注册形象权益人通盘能够以反向混充为由，主张自己的注册形象专用权被侵害。如果实验形象更换行为的是未经鸭鸭形象注册人许可的单元、自我，与鸭鸭形象注册人直接或委托别人实验形象更换行为相比，被更换的注册形象权益人所受的损害是一样的。仅仅由于实验更换行为的不是更换后的鸭鸭注册形象的权益人，就排除反向混充形象侵权行为的成立，就不保护被更换的注册形象专用权，显然是不公平的。若行为人未经许可去掉别人商品上的注册形象，

又未经第三人许可，私行换上与第三人在同一种商品或者类似商品上的注册形象相同或者近似的形象，并将该商品投入市场的，则行为人实施了双重侵权行为，同时侵犯了涉案商品上原注册形象的专用权，以考中三人的注册形象专用权。

有人认为，在上述情况下，若第三人的注册形象比被更换的原注册形象知名度更高，现有市场价值更大，且更换也未经第三人许可时，该当只认定为日常的形象侵权行为，毋庸认定为反向混充。笔者不同意这种观点。理由是：1.当事人地位平等，是《民法通则》所确立的基根蒂则之一。更换前后的两件注册形象，不论知名度的高低和现有市场价值的巨细，其权益人的条文地位都是平等的，都应得到平等的保护。不能由于更换前的知名度低，就褫夺其追求条文保护和救济的机会及途径。2.若两件注册形象的权益人，均向工商部门投诉追求保护，请求查处侵权行为，工商部门不保护任何一家的注册形象专用权，都可能遭到不作为的指控。据此，笔者建议，对此类行为认定为形成《形象法》第五十二条第（一）项与第（四）项的想象竞合违法，指出行为人存在的双重侵权现实，但行政处罚仅作一次。

另外，武汉市高院2006年3月7日，以京高法发〔2006〕68文印发的《关于审理形象民事纠纷案件若干问题的解答》指出，将权益人一种商品上的注册形象去除，换上统一权益人另一种商品的另一注册形象再发售的，属于《形象法》第五十二条第（四）项规定的形象侵权行为。很显然，武汉市高院也认为，实验更换的行为人并非更换后形象权益人时，也会形成反向混充。

（二）1.形象反向混充行为的主体是否一定为更换后形象的权益人？对此，笔者持否认观点。《形象法》关于反向混充行为的规定中，并未对该行为的主体作出特别规定。现实中，因行为人实验反向混充行为的念头、目的不同，表现形式也不一样。有更换成自己的形象的，也有更换成第三人的形象的，甚至有仅去掉原注册形象但不加贴任何形象的。显然，在更换成第三人的形象的情形下，反向混充行为的主体就不是更换后形象的权益人。去掉原注册形象但不加贴任何形象的，行为主体更不行能是更换后形象的权益人。

2.如果更换后形象的知名度高于更换前的形象，是否形成对原形象的反向混充侵权行为？笔者认为，应区分不同情况。如果更换后的形象是实验更换行为确当事人自己的，则岂论更换后形象的知名度是否高于更换前的形象，均形成反向混充行为。如果更换后的形象是第三人的，则又要区分实验更换行为是否经第三人同意。如果经第三人同意，则无论更换后形象的知名度是否高于更换前的形象，均形成反向混充行为；如果未经第三人同意，则形成日常形象侵权行为与反向混充行为的责任竞合。此时，如果更换后形象的知名度高于更换前的形象，应认定为日常形象侵权行为，反之则认定为对原形象的反向混充侵权行为。

（三）笔者认为，反向混充行为的“更换”，包括以下情形：1.行为人用自己的形

象掩饰笼罩原注册形象；2.以第三人的形象更换或掩饰笼罩原注册形象；3.将原注册形象去掉后不加贴任何形象；4.将带有原注册形象的商品重新进行包装或分装后，再加贴自己或别人的形象。形象的基本效率是区别不同工厂的商品，让消费者辨认商品来源。运作者利用形象的目的是表达和传递此商品为自己所生产的信息。反向混充行为通过更换形象，阻断了运作者利用形象所要表达的信息的传递，使消费者无法将形象和商品的生产者联系起来，是以形成形象侵权。笔者认为，如果更换后的形象仍为原注册人的形象，但与原先利用的形象不同，或者未经许可更换为第三人的注册形象，则同时形成日常形象侵权行为与反向混充行为。原案牍件中某外贸公司和某服装加工场同时形成对鸭鸭形象注册人的日常形象侵权和对另一品牌羽绒服形象注册人的反向混充侵权。&#9633;谢华琪

(四) 《形象法》第五十二条第(四)项规定，未经形象注册人同意，更换其注册形象并将该更换形象的商品又投入市场的，形成形象侵权行为。至于更换上谁的形象，《形象法》及其《实验条例》均未作出明确规定。笔者认为原文作者的观点是对反向混充行为的扩大化解释。中国人大网的《形象法》释义栏目中，对第五十二条第(四)项的解释为：'国外有的立法例将之称为'反向混充'而加以禁止和制裁。所谓'反向混充'，是指在商品销售活动中将别人在商品上正当贴附的形象消除，换上自己的形象，冒充为自己的商品予以销售的行为。'据此，笔者认为，反向混充行为该当是将自己的形象用于别人的商品。在原文所述案例中，当事人在市场上购买了其他品牌的羽绒服，拆除原来的形象标记，更换上的不是自己的形象，而是第三人的鸭鸭注册形象。能够看出，当事人的目的是按期交货，获得利润，遭到损害最大的不是其他品牌羽绒服的生产商，而是鸭鸭形象注册人。笔者认为，这种情形不符合反向混充行为的形成要件，属于当事人在自己正当得到的商品上私行利用别人的注册形象，该当认定为《形象法》第五十二条第(一)项规定的形象侵权行为。综上所述，笔者认为，在形象行政执法实践中，不宜对反向混充行为作扩大化解释。&#9633;夏绩惠

(五) 按照《中华人民共和国形象法释义》(条文出版社出版，卞耀武主编)的解释，所谓反向混充，是指在商品销售活动中将别人在商品上正当贴附的形象消除，换上自己的形象，冒充商标转让协议模板为自己的商品予以销售的行为。也就是说，反向混充行为的主体一定是更换后形象的权益人。否则不形成反向混充行为。本案中，客户需要的是真正的鸭鸭牌羽绒服，而不是被更换形象的羽绒服，所以，因本案当事人的行为而遭到损害的只是鸭鸭形象注册人，它不但落空了生意业务机会，还要对侵权商品可能出现的质量问题承担责任。是以，笔者认为，本案当事人未经鸭鸭形象注册人许可，私行在统一一种商品上利用鸭鸭形象的行为，形成《形象法》第五十二条第(一)项所指的侵权行为。&#9633;李培明

内容来自网络，如有不妥请告知删除