

一、定牌加工的观点及侵权的首要表现形式

定牌加工是委托加工的一种特殊形式。委托加工是伴随着我国改革开放和对外贸易的发展而出现的一种贸易方式，首要表现为来料加工和来样加工，具体方式为由委托方提供质料或者样品（款式），加工方负责组织生产加工，并将加工后的产物全部返还给委托方；加工方不对加工后的产物进行销售，委托方根据约定向加工方支付加工费。定牌加工是涉及到形象利用的委托加工，即在来料加工或来样加工营业中，由委托方提供形象（日常是注册形象），加工方将委托方提供的形象利用在所加工的商品上。

定牌加工过程中极易发生形象侵权行为。目前定牌加工中的形象侵权首要表现为以下几种情形：

- 1.国内加工工厂在定牌加工协定规定的数量、规模之外，自行生产加工带有国外委托工厂注册形象的商品。
- 2.国外工厂在没有得到注册形象专用权的情况下，委托国内工厂定牌生产加工侵权产物，侵犯其他形象注册人的注册形象专用权。
- 3.国外工厂仅在其本国享有注册形象专用权，并未在中国申请注册该形象，而国内其他工厂或自我在中国曾经对该形象进行了注册。此时国外工厂若委托国内工厂定牌加工，也会涉及形象侵权问题。

二、定牌加工中存在的首要争议

目前，基层执法职员在执法实践中对上述第一种和第二种情形的认定并无争议，有争议的是第三种情形。无论是知识产权理论界还是在实际操作中，都存在着两种截然对立的观点，首要集中在对形象侵权的认定上。

一种观点认为，只加工不销售不形成形象侵权。首要理由是：

1.根据我国现行的《形象法》，打击形象侵权的根本目的是维护权益人的正当利益和正常的市场竞争秩序。定牌加工并不形成形象条文意义上的利用，由于从事定牌加工的工厂并没有商品销售权而仅是生产加工，委托方与其是一种委托和受委托生产加工产物的相干，其性质属于《协定法》中的加工承揽。受委托方的行为是委托方行为的延续，并非自立行为，相等于委托方设立的一个生产加工车间，虽然是在中国制造，但按照国外惯例，该当视同中国工人在国外生产，与中国市场毫无相干，素质上是一种劳务输出。在判断是否形成形象侵权行为时，应综合考虑形象利用人是否基于形象目的利用，不该仅着眼于行为的表面。

2.2004年2月18日，武汉市高级人民法院发布《关于审理形象民事纠纷案件若干问题的解答》。在回答“受境外形象权人委托定牌加工的商品仅用于出口，其形象与权益人的注册形象相同或者近似的，其行为是否形成侵权”这一问题时，该《解答》明确答复：造成相关民众的混淆、误认是形成侵犯注册形象专用权的条件。定牌加工是基于有权利用形象的人的明确委托，而且受委托定牌加工的商品不在中国境内销售，不行能造成相关民众的混淆、误认，不该当认定形成侵权。”虽然该《解答》并非条文意义上的有权解释，但作为人民法院内部的条文适用意见，应能反映我国司法界对该问题的立场。

另一种观点则认为，只加工不销售也形成形象侵权。笔者赞同此种观点。

1.形象的利用有狭义和广义之分。狭义上的利用，是指形象注册人将其形象利用于生产、运作的商品或提供的服务项目上；广义上的利用，还包括形象在广告宣传和生意业务中的利用。《形象法实施条例》第三条规定：形象法和本条例所称形象的利用，包括将形象用于商品、商品包装或者容器以及商品生意业务文书上，或者将形象用于广告宣传、展览以及其他贸易活动中。”是以，加工工厂在商品上贴附形象的行为，该当认定为形象的利用”。

2.知识产权“无形”的特点，决定了对知识产权侵权的救济必须实时制止并预先防范侵权，如果必须等到侵权成为现实才采取措施，则可能造成不行挽回的损失。从我国《形象法》的规定来看，也没有体现出形象侵

权要以损害现实的存在为需求条件。形象具有地域性，是形象权的基本特征之一。一件形象在我国获得核准注册后，其注册形象专用权即在我国境内遭到条文保护，是以岂论定牌加工的商品是否在国内销售，只有生产时未经许可利用了别人依法注册的形象，就该当认定形成形象侵权行为。

3.原对外贸易经济合作部、国度工商局于1995年7月13日联合发布的《关于对外贸易中形象管理的规定》第十条明确要求，对外贸易运作者在从事进出口活动中，对别人指定或者提供利用的形象，该当要求对方出具真实有效的形象专用权证明文件或者被许可利用该形象且未超出许可规模的证明文件，并予以核查。该形象不得与已在我国相同或者类似的商品上注册的形象相同或近似。

三、定牌加工中如何规避侵权风险

根据《知识产权海关保护条例》的规定，定牌加工的形象涉嫌侵权的，注册形象专用权人能够向货物进出境地的海关提出扣留嫌疑货物的申请。海关发现进出口货物有侵犯注册形象专用权嫌疑的，应立即书面通知权益人。从该《条例》的有关规定来看，只有出口的商品符合形象侵权的有关要件，尽量其在货物的进口国享有形象权，也形成侵权。

是以，为了避免发生形象侵权纠纷，笔者建议国内从事定牌加工的工厂在与国外委托方签订定牌加工协定前，除了严格审查其是否为正当的形象权益人（需测验形象注册证书原件，如为复印件的，该当经其所属国的公证部门公证）、委托方在产物最终达到地是否拥有形象权以及授权利用的形象与委托方获准注册的形象是否通盘一致外，还该当通过形象局的官方网站“中国形象网”盘问国内有无曾经在相同或类似商品上注册的相同或近似形象。如果在国内曾经存在相同或近似的形象，则应该先与相关形象权益人进行沟通，这样才能最大限度地避免定牌加工工厂的侵权风险。

□江苏省南通市如皋工商局

王通 周进友
眼镜商标转让9类

内容来自网络，如有不妥请告知删除