

[DOI]:10.19685/j.cnki.cn11-2922/n.2019.02.002

# 商标反向混淆救济路径的实证分析及其完善

唐玉欣,易健雄

(西南政法大学 民商法学院,重庆 401120)

**摘要:** 商标反向混淆侵害了在先商标持有人的合法权益,理论及司法实务领域对于反向混淆理论和侵权认定有了较为成熟的认知。但经实证分析发现,由于请求权基础不一致、停止侵害存在狭隘化理解倾向、损害赔偿标准不明确以及消除影响并未真正实现其效果等原因,权利人多难以获得充分救济。因此,完善救济路径时应坚持公平、正义理念,理性看待商标知名度,并侧重鼓励市场竞争。在具体制度及裁判考量上应进一步明确救济的请求权基础,完善停止侵害请求权的适用规定,提高损害赔偿的标准,细化消除影响的具体适用。

**关键词:** 反向混淆;侵权救济;停止侵害;损害赔偿;消除影响

中图分类号: DF523.3

文献标志码: A

文章编号: 1003-9945(2019)02-0007-12

## 一、商标反向混淆的侵权认定

### (一)反向混淆的理论沿革

商标是商品的生产者、经营者用于区分其商品或服务来源的标识。现代商标理论认为,商标有标示商品来源、品质保证以及投入和广告三种功能<sup>[1]</sup>。广告功能是一种劝说功能,它会改变消费者的喜好,而激发他们去购买更多的广告商品<sup>[2]</sup>。商标持有人通过保障其产品质量、维持商标的显著性,以构建、维持、强化其与商标之间的联系,商标成为了品质的代言与吸引消费的重要因素。商标保护是商标法律制度中的重要内容,商标保护经历了从制止假冒、制止混淆再到制止淡化这样一个发展历程,其间穿插出现一些新型的商标侵权行为方式,商标反向混淆就是在现有理论上发展起来的一种较为特殊的侵权行为。

反向混淆是指虽然在后的商标使用人在相同或类似商品上使用了与在先的注册商标权人相同或近似的商标,但消费者误认为在先的注册商标权人提供的商品来源于在后商标使用人<sup>[3]</sup>。美国法官霍姆斯在1918年最早提出商标反向混淆的问题,由于美国对于商标的保护实行的是双轨制保护模式,联邦与各州

都有,这就使得一些准备使用某些特定商标的厂商对于该商标的在先使用状况或者受到普通法保护的情况缺乏充分的认知。1966年野马商标案的败诉进而使得商标反向混淆这一概念受到了普遍关注,这为之后的“Big Foot 商标纠纷”案<sup>[4]</sup>等对反向混淆的理论研究提供了基础。对于商标反向混淆行为,我们可以从商标制度及反不正当竞争制度的双重视角透视其损害。从商标制度的视角来看,长期的投入使商标上的商誉价值逐渐累积,无限膨胀,导致商标本身具有的销售吸引力的价值远远超过了商品提供者的其他资产<sup>[5]</sup>,反向混淆行为损害了小生产者的商品和商标的来源对应关系,使消费者产生了误认,割裂了权利人与商标的联系。商标反向混淆行为也导致消费者对于商品来源产生混淆,损害了消费者自主选择自由,并在产品出现质量瑕疵时因赔偿对象难以确定而救济困难。从反不正当竞争制度的视角来看,处于同一市场中一方竞争者的反向混淆行为,削弱了商标商品的显著性,抑制了品牌的发展空间,构成了不正当竞争,损害了市场经济赖以维系的公平的竞争秩序。

虽然现行法律对于反向混淆的规制问题未做出明确规定,但是在长期的司法实践中,实务界与理论界已经逐步归纳有关商标反向混淆侵权认定的相关要件。

**作者简介:** 唐玉欣(1993—),女,贵州贵阳人,硕士研究生,研究方向:知识产权法;

易健雄(1978—),男,湖南攸县人,法学博士,副教授,重庆知识产权保护协同创新中心副主任,研究方向:知识产权法。

## (二)反向混淆的侵权认定

### 1.侵权行为的构成要件

混淆可能性标准是商标侵权认定中的一个基准点<sup>[6]</sup>,商标混淆侵权认定遵循“构成商标法意义上的使用行为”——“商标商品近似以及其他因素”——“相关公众混淆可能性”——“商标侵权”的逻辑路径<sup>[7]</sup>。商标反向混淆认定中,仍可遵循混淆可能性认定标准的客观化路径。首先,根据现行《商标法》第48条规定,商标反向混淆中在后商标权人多在商品、交易文书、广告宣传、展览会等中使用商标,构成商标法意义上的使用。在《商标审理标准》中,更是细化了这一规定;其次,在后使用的商标与在先使用商标无论在整体上还是核心部分相同或者近似。在使用在具体商品或服务类别上,根据关联性标准,两者亦相同或者近似,这是认定商标侵权的前提条件;再次,既然现行商标法及其配套规定将商标使用的行为界定为“用于识别商品来源的行为”,那么,正当的商标使用行为即不应造成相关公众对商品的来源产生误认,若消费者对在后使用人的商标与在先权利人的商标产生了混淆,则在后使用人构成商标侵权。但与传统的正向混淆中消费者误以为被告的产品来源于原告不同,在反向混淆中,是消费者误以为原告的产品来源于被告,所以被告必定较原告而言有具有更高的知名度并在市场中占据较大份额,这是反向混淆行为侵权认定的主体要件的特殊之处。另外,同正向混淆的侵权行为要件相同,反向混淆行为在现行立法体系下也应当符合《商标法》57条第二项的规定:“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”,即必须有造成相关公众对商品来源产生混淆的可能性,例如,在“非诚勿扰”案件<sup>[8]</sup>中,再审法院广东省高级人民法院就把原、被告双方商标“两者用于不同的服务类别,也不会使相关公众产生混淆误

认”作为认定江苏电视台在电视文娱节目上使用被诉“非诚勿扰”标识不构成对金阿欢涉案注册商标的侵权的决定性因素。商标侵权行为作为一种事实行为,无论行为人主观上是否有过错,只要其行为侵害了商标权人的权利,即构成商标侵权,不涉及其他要件。同时,该制度不是以保护市场主体的商誉不受恶意损害为主旨,而是为了维护商标法制度的秩序和公平原则,保护并尊重市场主体资格和保障消费者能够依照自己的意愿自主选择并不受混淆因素的干扰。

### 2.侵权责任承担的要件

构成侵权行为是一个事实行为,而侵权责任的承担却有所不同,商标反向混淆行为承担侵权责任应当符合一般侵权责任承担的四要件:首先,行为人实施了商标反向混淆的侵权行为,即未经商标权人许可,侵权人擅自在相同或者相似商品上使用相同或者近似商标,或者有妨害商标权人正当行使商标权的行为;其次,侵权行为应当造成了一定的损害事实,商标属于知识产权的一种,不同于一般传统民法上的民事权利,对其损害的考量也应有所区别。商标是一种无形财产,因此在商标侵权行为中,我们往往难以看见隐藏在已表露的“损害事实”下的更加长远、深刻且持续的损害。实践中不乏这样的真实案例存在,正如在北京法院于1999年所审理“真瓶假酒”案中郑成思教授所提到的观点,一旦侵权商品上市销售,即会毁损正品的商誉。虽然日后可以通过法院判决的公示公信效力为其品牌正声,从一定程度挽回自己的声誉,但依旧无法完全根除侵权行为所带来的负面影响,在很多消费者心中还是会留下“某某名牌在市场上有假货混杂”的印象,从而影响商品的销售<sup>[9]</sup>。因此在认定损害事实时,不仅应当考虑已然的事实,更加应当侧重考量应然的损害事实;再次,侵权行为与损害事实之间应该具有因果关系,即损害结果是由侵权行为所引起的,最后,主观恶意虽然不是商标反向混淆侵

《商标法》第48条规定: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。

《商标审理标准》第5.3.2规定:商标使用在指定商品上的具体表现形式有(1)采取直接贴附、印刻、烙印或者编织等方式将商标附着在商品、商品包装、容器、标签等上;(2)商标使用在与商品销售有联系的交易文书上,包括使用在商品销售合同、发票、票据、收据、商品进出口检验检疫证明、报关单据等上;(3)商标使用在广播、电视等媒体上,或者在公开发行的出版物中发布,以及以广告牌、邮寄广告或者其他广告方式为商标或者使用商标的商品进行的广告宣传;(4)商标在展览会、博览会上使用,包括在展览会、博览会上提供的使用该商标的印刷品以及其他资料;(5)其他符合法律规定的商标使用形式。

权行为认定的要件,但却是确定侵权损害赔偿承担责任的一个要件,包括故意和过失。在商标反向混淆侵权行为中,行为人大都没有搭便车或者利用商标权人商品声誉的故意,但是不能否认其行为中过失的存在,正当的商标使用行为应当避免因混淆而侵害他人商标权,因此行为人在使用商标时负有高度的注意义务。主观过错的深浅程度是法院最终确定行为人承担侵权责任大小的重要依据。

### 3. 现有的侵权救济路径

救济分为公力救济和私力救济,公力救济即诉讼方式,私力救济则有调解与和解等方式。首先,当事人选择诉诸法院的,根据我国《侵权责任法》第2条和第15条的规定可知,侵害商标专用权属侵害民事权益的行为,适用侵权责任的承担方式,可以依法要求侵权人承担停止侵害、赔偿损失和消除影响等侵权责任。《侵权责任法》与《商标法》中关于商标侵权的规定是一般法与特别法的关系,因特别法优于一般法,在两者对于同一问题有不同规定时,优先适用特别法的规定。《商标法》从商标制度视角规定商标侵权人应当承担停止侵害、赔偿损失等侵权责任,《反不正当竞争法》则从不正当竞争视角规定侵权人应当承担什么样的责任。另外,几部法律在权利体系构建、侵权行为认定标准上也存在一定的不同,《商标法》通过明确列举的方式,明确商标权利以及会被认定为商标侵权行为,除此之外的不可视为侵权;而《反不正当竞争法》等则采取了列举加兜底条款设计的模式,在难以明确性特定行为法律属性时,可以通过兜底条款予以认定规制。可以说,现有制度从宏观、抽象层面对侵权救济路径进行了规定,被侵权人似乎能够依据我国《商标法》和《反不正当竞争法》相关的责任承担规定,在特定条件下,获得充分的救济。其次,因商标反向混淆案件具有特殊性,在某些情况下,即便权利人胜诉

也无法彻底消除其商标与侵权人之间已经产生的联系,商标亦难以恢复到原有的状态,因此权利人很可能会选择放弃其商标,调解与和解等私力救济的方式无疑更能避免双方当事人两败俱伤,从而实现双方的共赢,这既是司法衡平的追求,也是当事人双方的利益所需。知识产权的司法衡平原则即是在知识产权权利主体的不同利益之间寻求一个最优的平衡点,以满足最重要的和需要优先考虑的利益,同时将其其他利益损失降到最低<sup>[11]</sup>。例如在“i Pad”案中,当事人双方即是以6000万达成了和解,最终以调解的方式结案。最后,我国有学者提出,从经济分析的角度出发,以功利和效率原则为考量,在某些情形下,被告对涉案商标的侵权使用所带来的两项收益,即在后使用者的受益和社会公众的受益大于商标权人所遭受的损失时,允许侵权人通过给与商标权人补偿的方式而继续使用商标是更加合乎效率的<sup>[12]</sup>。诚然,一味地追求效率可能会对明晰产权以及鼓励小企业创新发展等方面带来一定的负面影响,在考虑效率的同时,更应将这种消极因素考虑在内。在公平原则和效率原则的较量之间,应如何权衡个人利益和社会公共利益,也是司法实践中的一大难题。

## 二、商标反向混淆侵权救济相关案例的类型化梳理

### (一) 案例的梳理

笔者以“反向混淆”为关键词,在中国裁判文书网站上检索2011年到2017年的案例,以被侵权人诉讼请求及法院判决结果为切入点,对反向混淆中被侵权人的救济路径及其效果做如下梳理:

---

《侵权责任法》第2条规定:侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

《侵权责任法》第15条规定:承担侵权责任的方式主要有:(一)停止侵害;(二)排除妨碍;(三)消除危险;(四)返还财产;(五)恢复原状;(六)赔偿损失;(七)赔礼道歉;(八)消除影响、恢复名誉。以上承担侵权责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。



表1 国内反向混淆的相关案例的诉讼请求及判决结果

案号	基本案情	诉讼请求	判决结果	诉请与最终支持部分的差距
(2011)浙杭知终字第56号	(2011)浙杭知终字第56号)原告比纳公司诉被告瑞佰公司、宝得公司侵犯其“大自然”商标专用权	1.停止侵权,立即停止使用,拆除并销毁带有“大自然”字样的产品宣传资料、店面招牌、户外广告牌;2.赔偿比纳公司经济损失10000元;3.在《杭州日报》和《佛山日报》上登报赔礼道歉、消除影响;4.承担比纳公司的律师代理费及调查取证等所发生的费用12000元;5.承担本案的诉讼费用。	1.撤销杭州市西湖区人民法院(2011)杭西知初字第4号民事判决。 2.上诉人佛山市顺德区瑞佰装饰材料有限公司向被上诉人杭州比纳实业有限公司支付合理开支人民币6000元,于本判决生效之日起十日内履行完毕。 3.驳回被上诉人杭州比纳实业有限公司的其他诉讼请求。	持的被告承担原告为制止侵权行为而产生的合理费用减半
(2013)徐民三(知)初字第653号	原告哥伦比亚公司诉请确认其使用“Baselayer”商标不侵犯被告兴诺康纶纤维公司商标专用权。	确认原告在户外运动内层服装上使用“Baselayer”标志不侵犯被告所拥有的第8022378号“BaseLayer”注册商标专用权。	确认原告哥伦比亚运动服装公司在户外运动内层服装的外包装上使用“Baselayer”标志不侵犯被告上海兴诺康纶纤维科技股份有限公司享有的第8022378号“BaseLayer”注册商标专用权。	
(2013)沪一中民五(知)终字第247号	原告刘征诉被告汉涛公司侵犯其“小人图形”商标权	1.汉涛公司立即停止侵害刘征第4213221号“”注册商标专用权,停止在经营活动中和互联网移动客户端使用标识,停止在www.baidu.com网站进行百度推广;2.汉涛公司在www.dianping.com首页及《新民晚报》、《解放日报》中缝以外的版面刊登声明,消除影响,网站刊登声明时间不少于三十日;3.汉涛公司赔偿刘征经济损失人民币(以下币种相同)10万元;4.汉涛公司赔偿刘征合理开支2,272元,包括网页证据保全公费840元、交通费1,432元。	一审驳回刘征的全部诉讼请求,二审判决驳回上诉,维持原判。	
(2013)粤高法民三终字第630号	原告杨汉卿、新范公司诉被告恒大足球学校、恒大地产公司侵犯其“皇马”商标权	1.被告立即停止侵害原告商标权及不正当竞争行为;2.被告赔偿原告经济损失人民币10万元及因诉讼支出的合理费用5万元;3.被告同时在《中国青年报》、《每日新报》及其三个网站(http://www.evergrandefs.com;http://www.evergrande.com;http://www.gzevergrandefc.com)首页连续四十八小时刊登说明,澄清事项,消除影响;4.被告承担本案诉讼费用。	一审驳回杨汉卿、新范公司的全部诉讼请求,二审判决驳回上诉,维持原判。	
(2014)渝五中法民终字第04331号	原告雨迷家公司诉被告湖南电视台、天娱传媒公司、北京红马公司、北京红马重庆分公司、北京李宇春艺术工作室侵犯其“whyme”商标权		一审判决驳回重庆雨迷家工贸有限公司的全部诉讼请求,二审判决驳回上诉,维持原判。	
(2015)江中法知民终字第39号	原告中粮公司诉被告华发综合店侵害其“华夏”商标权		一审判决:1.江门市新会区会城华发综合店应于判决发生法律效力之日起十日内向中粮集团有限公司支付赔偿金人民币10000元; 2.驳回中粮集团有限公司的其他诉讼请求。 二审判决:驳回上诉,维持原判。	

笔者于2017年12月5日,以原被告为检索关键词,在裁判文书网、无讼网等进行检索,并未检索到该案的一审判决书。同⑤。

续表 1

案号	基本案情	诉讼请求	判决结果	诉请与最终支持部分的差距
(2015)郑民初字第1327号	原告田晓明诉被告亿佳公司、泸州老窖公司侵害其“礼享”商标权	1.判令三名被告停止泸州贡“礼享”“新礼享”的生产、销售行为,并判令被告泸州老窖公司、被告柒泉金池公司回收、销毁市场上继续流通的侵权产品(泸州贡“礼享”“新礼享”),以达到净化市场、排除混淆、消除误导;2.判令被告泸州老窖公司、被告柒泉金池公司在其官网以及全国性报纸上进行道歉;3.判令三被告赔偿原告损失300万元人民币,并承担连带责任;4.判令三被告赔偿原告为办理证据保全等所支出的各项成本合计22390元,并承担连带责任;5.由被告承担本案的诉讼费用。庭审中原告放弃第2项诉讼请求中要求被告在全国性报纸上道歉的诉讼请求。	1.被告泸州老窖股份有限公司、泸州老窖柒泉金池酒业有限责任公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告田晓明经济损失八万元;2.被告河南亿佳实业有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告田晓明经济损失一万元;3.驳回原告田晓明的其他诉讼请求。	判令赔偿的数额与原告的诉讼请求相差200多万
(2015)郑民初字第1327号	原告田晓明诉被告亿佳公司、泸州老窖公司侵害其“礼享”商标权	1.判令三名被告停止泸州贡“礼享”“新礼享”的生产、销售行为,并判令被告泸州老窖公司、被告柒泉金池公司回收、销毁市场上继续流通的侵权产品(泸州贡“礼享”“新礼享”),以达到净化市场、排除混淆、消除误导;2.判令被告泸州老窖公司、被告柒泉金池公司在其官网以及全国性报纸上进行道歉;3.判令三被告赔偿原告损失300万元人民币,并承担连带责任;4.判令三被告赔偿原告为办理证据保全等所支出的各项成本合计22390元,并承担连带责任;5.由被告承担本案的诉讼费用。庭审中原告放弃第2项诉讼请求中要求被告在全国性报纸上道歉的诉讼请求。	1.被告泸州老窖股份有限公司、泸州老窖柒泉金池酒业有限责任公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告田晓明经济损失八万元;2.被告河南亿佳实业有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿原告田晓明经济损失一万元;3.驳回原告田晓明的其他诉讼请求。	判令赔偿的数额与原告的诉讼请求相差200多万
(2015)粤高法民三终第444号	原告周乐伦诉被告新百伦公司、盛世公司侵犯其“新百伦”商标专用权	1.盛世公司、新百伦公司立即停止侵犯周乐伦第865609号“百伦”和第4100879号“新百伦”注册商标专用权的行为;2.新百伦公司消除因侵权给周乐伦造成的影响,即在全国性报纸上发布致歉声明,持续时间不少于一周,内容 by 法院审定;3.盛世公司赔偿周乐伦经济损失人民币30万元,新百伦公司赔偿周乐伦经济损失人民币9800万元;4.盛世公司、新百伦公司连带赔偿周乐伦为制止侵权所支付的合理开支670990元(包括公证费65460元,调查取证费5530元,律师费60万元);5.由盛世公司、新百伦公司共同承担本案诉讼费用。	1.新百伦公司于判决发生法律效力之日起立即停止将“新百伦”用于标识及宣传其商品的侵害周乐伦第865609号“百伦”、第4100879号“新百伦”注册商标权的行为;2.新百伦贸易(中国)有限公司于本判决发生法律效力之日起十日内赔偿原告周乐伦经济损失及为制止侵权行为所支付的合理开支共计人民币500万元;3.新百伦公司于判决发生法律效力之日起三十日内在其开设的“新百伦(中国)官方网站”首页及其在“天猫商城”开设的“NewBalance旗舰店”、“newbalance童鞋旗舰店”的首页刊登声明消除影响(内容须经原审法院审定,刊登的字体不得小于网页首页正文字体);4.盛世公司于判决发生法律效力之日起立即停止侵害周乐伦第865609号“百伦”、第4100879号“新百伦”注册商标权的销售行为;5.盛世公司于判决发生法律效力之日起十日内支付周乐伦合理支出人民币5000元;6.驳回周乐伦的其他诉讼请求。	1.判令赔偿数额与原告的诉讼请求相差9000多万;2.判令消除影响的范围由原告诉请在全国范围内发布致歉声明大幅缩减到仅在被告官方网站和旗舰店首页刊登声明;3.判令赔偿的合理开支与原告的诉讼请求相差60多万

续表 1

案号	基本案情	诉讼请求	判决结果	诉请与最终支持部分的差距
(2016)京 73 民终 908 号	原告曹善英诉被告醋溜公司侵犯其“楚楚街”商标专用权	1.醋溜公司立即停止在其运营的“楚楚街”网站及“楚楚街”APP上使用“楚楚街”商标销售服装类商品的侵权行为;2.醋溜公司在其运营主办的“楚楚街”网站和手机APP上连续刊登声明30天,消除影响;3.醋溜公司赔偿曹善英为制止其侵权行为支付的合理开支8000元;4.诉讼费用由被上诉人承担。	一审驳回原告曹善英的全部诉讼请求,二审判决驳回上诉,维持原判。	
(2016)最高法民再 216 号	原告曹善英诉被告醋溜公司侵犯其“楚楚街”商标专用权	1.醋溜公司立即停止在其运营的“楚楚街”网站及“楚楚街”APP上使用“楚楚街”商标销售服装类商品的侵权行为;2.醋溜公司在其运营主办的“楚楚街”网站和手机APP上连续刊登声明30天,消除影响;3.醋溜公司赔偿曹善英为制止其侵权行为支付的合理开支8000元;4.诉讼费用由被上诉人承担。	一审驳回原告曹善英的全部诉讼请求,二审判判决驳回上诉,维持原判。	
(2016)粤民再 447 号	原告新能源公司、凌普公司诉被告奥普卫厨公司、杨艳侵犯其“AUPU 奥普”商标专用权	1.立即停止在金属吊顶等产品上使用“AUPU 奥普”商标;2.立即停止在经营场所、网站或其他相关媒体上进行有关“奥普浴顶”的广告宣传;3.连带赔偿新能源公司和凌普公司经济损失人民币500万元(包括合理费用);4.在全国范围的报纸、电视、网站等相关媒体上发表声明消除影响。	再审法院最终撤销一、二审判决并驳回原告全部诉讼请求。	
(2016)粤 73 民终 106 号	原告金阿欢诉被告江苏电视台、珍爱网公司侵犯其“非诚勿扰”商标权	1.江苏电视台所属的江苏卫视频道立即停止使用“非诚勿扰”栏目名称;2.珍爱网公司立即停止使用“非诚勿扰”名称进行广告推销、报名筛选、后续服务等共同侵权行为;3.江苏电视台与珍爱网公司共同承担本案全部诉讼费用。	再审维持一审判决,驳回金阿欢的全部诉讼请求。	
(2017)粤 20 民终 1707 号	原告迅销公司、迅销又来店诉被告指南针公司、中唯公司侵害其商标权	1.撤销原判,改判迅销公司、迅销又来店立即停止侵犯指南针公司、中唯公司第10619071号注册商标专用权的行为,立即停止生产、销售侵权服装,判令迅销公司、迅销又来店连带赔偿指南针公司、中唯公司经济损失150000元以及为制止侵权行为所支付的合理费用13899元,共计163899元,或者发回重审以查明事实;2.迅销公司、迅销又来店承担本案一、二审诉讼费用。	一审判决驳回广州市指南针会展服务有限公司、广州中唯企业管理咨询有限公司的全部诉讼请求,二审判判决驳回上诉,维持原判。	
(2017)粤 20 民终 1708 号	原告皇安制品厂诉被告海尔施特劳斯公司侵害其“施特劳斯”商标权	1.判令海尔施特劳斯公司立即停止侵权行为,即停止通过网络商业平台在同种或近似商品上使用与第13433376号注册商标相同或近似的商标及停止在同种或近似商品上突出使用与注册商标相同的“施特劳斯”文字的信息网络侵权行为,停止销售侵犯注册商标的商品,销毁侵权商品;2.判令海尔施特劳斯公司赔偿皇安制品厂经济损失40000元及为制止侵权行为支付的律师费、公证费等合理费用5000元。	一审驳回皇安制品厂的诉讼请求,二审判判决驳回上诉,维持原判。	
(2017)粤 20 民终 1709 号	原告皇安制品厂诉被告海尔商务公司、海尔施特劳斯公司侵害其“施特劳斯”商标权	1.判令海尔商务公司、海尔施特劳斯公司立即停止侵权行为,即停止通过网络商业平台在同种或近似商品上使用与第13433376号注册商标相同或近似的商标及停止在同种或近似商品上突出使用与注册商标相同的“施特劳斯”文字的信息网络侵权行为,停止销售侵犯注册商标的商品,销毁侵权商品;2.判令海尔商务公司、海尔施特劳斯公司赔偿皇安制品厂经济损失60000元及为制止侵权行为支付的律师费、公证费等合理费用6000元。	一审驳回皇安制品厂的诉讼请求,二审判判决驳回上诉,维持原判。	

## (二) 案例的类型化分析

笔者从反向混淆产生的领域、混淆行为发生的地域、原被告的类型、裁判结果、诉讼请求、法院最终支持的各请求进行案例类型化分析见表 2。

由表 2 可以看出,第一,产生在实体领域与电子商务平台领域的商标反向混淆案例均为 11 例;第二,混淆行为发生的地域中,广东省 6 例,上海市 4 例,北京市 2 例,山东省 3 例,河南省、江苏省、四川省、湖南省

表 2 国内反向混淆案件的类型化归纳分析

样本数据的类型化										
类型化 I: 混淆产生的领域			实体领域				电子商务平台领域			
数量(例)			11				11			
类型化 II: 混淆行为发生地域	上海市	广东省	北京市	湖南省	河南省	四川省	江苏省	重庆市	浙江省	山东省
	数量(例)	4	6	2	1	1	1	1	1	1
类型化 III		原告含公司			原告含自然人			被告含公司		被告含自然人
数量(例)		7			6			14		1
类型化 IV			原告胜诉(侵权)				原告败诉(不侵权)			
数量(例)			4				11			
类型化 V		诉请停止侵害			诉请赔偿损失			诉请消除影响		
数量(例)		12			11			6		
类型化 VI		判令停止侵害			判令赔偿损失			判令消除影响		
数量(例)		2			4			1		

省、浙江省以及重庆市均为 1 例;第三,原告类型含公司的为 7 例,含自然人的为 6 例;被告类型含公司的为 14 例,含自然人的为 1 例;第四,在 15 个商标反向混淆侵权案件中,有 12 个原告主张了停止侵权,有 11 个原告主张了赔偿损失,有 6 个原告主张了消除影响,其中 6 个原告均明确提出了消除影响路径;第五,法院在判决上,在三个案件中,法院认定被告存在侵权行为,法院认定被告存在侵权行为的理由大致相同,均是依据我国《商标法》的规定,认定被告的行为会使相关公众对商品来源产生混淆,从而认定行为人构成反向混淆的侵权行为;第六,法院对于原告的诉讼请求,支持停止侵权的有 2 个案件,支持赔偿损失的有 4 个案件,支持消除影响的仅 1 个案件,即“新百伦”商标侵权案<sup>[13]</sup>,该案支持消除影响的理由是新百伦公司使用“新百伦”标识给周乐伦“百伦”商标造成的不良影响无疑是显而易见的,也是难以估量的,故周乐伦诉请新百伦公司消除影响,具有必要性和合理性。而在其余两个案件中,即“大自然商标侵权”案<sup>[14]</sup>和

“泸州老窖”案<sup>[15]</sup>,法院均以商标作为一种财产权,原告没有提供证据证明被告的侵权行为给其商誉造成了损害为由作为判令被告不承担消除影响的责任的理由。

商标反向混淆在实体领域和电子商务平台均有发生,混淆行为多发生在贸易发达地域,以广东省为首,上海市、北京市、湖南省、河南省、四川省、江苏省、重庆市、浙江省、山东省等均有涉及,分布地域较广。原告类型为自然人或者公司,且数量相仿,被告类型大多为公司,只有一个案例中含有自然人,公司更易产生商标反向混淆的侵权行为。在上述十五个商标反向混淆侵权案件中,原告即便胜诉,其获得赔偿的数额也远远低于其诉讼请求中要求赔偿的数额,大多数原告的诉讼请求中都有要求被告消除影响这一项,仅在“新百伦”商标侵权案中该项请求得到支持,但是法官判令被告消除影响的范围大大缩减。以上是案例整体所呈现的宏观特点,下面笔者将就案件中所带来的具体问题进行分析。



### 三、实证视角下现有救济路径的不足及原因探析

由上述论述可知,救济路径上有法律依据不完善、规范不充分、救济难以实现其效果的特点,存在诸多不足,笔者将逐一进行分析。

#### (一)请求权基础存在不一致

在我国的法律体系中,并没有针对反向混淆行为的专门条文予以规范救济,而是将其与传统的正向混淆行为放在一起加以规范,导致商标反向混淆的请求权基础存在不一致,大多数案件都是依据原2001年《商标法》第52条的规定进行判决,如“慧眼”案<sup>[16]</sup>就是依据第52条第5项的规定:“给他人的注册商标专用权造成损害的”。仅“皇马商标侵权案”的请求权基础出现了《反不正当竞争法》的相关规定,依据的是第2条第1款和第9条第1款的相关规定,在“WhyMe”商标侵权案<sup>[17]</sup>中甚至引用了《著作权法》第3条作为该案的请求权基础。

可以发现,在反向混淆侵权案件中,法院在进行司法裁判时依据的请求权基础参差不齐,这是由于反向混淆与正向混淆的差异性导致的,将二者用同一法律规范进行规制稍欠妥当,致使在司法实践中反向混淆案件的裁判出现了大量争议。因此,应当专设反向混淆条款,对该类侵权行为进行有针对性的、更加规范的规制。

#### (二)停止侵害存在狭隘化理解倾向

商标反向混淆的侵权案件频频发生,然而最终被认定为侵权的案件却少之又少,这首先与法院对于该类案件的侵权行为是否会造成相关公众混淆的认定标准有关。在“WhyMe”商标侵权案中,法院即将“‘WhyMe’标识已经成为李宇春个人演唱会的一个人

牌标志,为大众所熟知,市场识别度较高。当消费者看到天娱传媒公司使用‘WhyMe’标识时,不会联想到与雨迷家公司的注册商标有特定的联系,因此,雨迷家公司注册的商标和天娱传媒公司使用的‘WhyMe’标识同时并存时并不会引起消费者的混淆和误认,故两者不构成近似”作为认定被告不侵权的理由。同样在“施特劳斯”商标侵权案<sup>[18]</sup>中,一审法院也将“海尔商务公司、海尔施特劳斯公司拥有的品牌具有更高的知名度,无需搭皇安制品厂及其商标的便车,‘海尔’与‘施特劳斯’相比,‘海尔’的知名度更高,消费者看到‘海尔施特劳斯’字样,最先想到的是‘海尔’品牌,能引起消费者注意的是‘海尔’字样,不会让消费者与皇安制品厂的商标产生混淆或误认”作为认定被告不侵权的理由并在二审中得到维持。从中我们可以看出,法官根据被告具有更高的知名度就想当然判断原告的行为不会造成相关公众的混淆,进而不构成商标侵权行为,这是在用正向混淆的思维看反向混淆问题,是极其不恰当的。反向混淆案件正是由于被告较原告具有更高的知名度而使用原告的在先使用商标,割裂了商标权人与商标的联系进而构成的侵权行为,如果该混淆认定标准为司法实务界统一认可并适用,那么也就没有反向混淆这一概念存在的必要了。

因此,可以看出,我国缺少关于反向混淆侵权行为的专门立法是导致被害人停止侵害请求权得不到有效救济的主要原因。用正向混淆的侵权判定视角审视反向混淆侵权行为,必然造成理论与实务冲突不断。

#### (三)损失认定及损害赔偿有待完善和提升

商标反向混淆行为对于权利人的损害往往是隐形而又巨大的,即使原告胜诉,还是很难挽回其商标的使用价值,其已经受损的商品和来源对应关系也难以恢复,而《商标法》对于商标侵权案件的赔偿数额标

反不正当竞争法(1993修正)》第2条第1款规定:经营者在市场交易中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守公认的商业道德。

《反不正当竞争法(1993修正)》第9条第1款规定:经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性质、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。

《著作权法》第3条规定:本法所称的作品,包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品:(一)文字作品;(二)口述作品;(三)音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品;(四)美术、建筑作品;(五)摄影作品;(六)电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品;(七)工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品;(八)计算机软件;(九)法律、行政法规规定的其他作品。



准适用第 63 条之规定：“侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权人所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定，权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”在司法实践中，即便法官支持了原告的诉讼请求，依照商标法的赔偿标准对其进行赔偿，由于被告方的侵权行为与原被告双方极其不对等的市场主体地位，消费者对混淆行为长期形成的印象难以改变，原告也很难直接享有商标的商誉，原告往往要为了重塑其商誉而付出巨大的代价，因此实际损失原则和被告获利标准是很难囊括商标权人的全部损失的，而只是对其受损权益的冰山一角进行了救济。

因此，在商标反向混淆侵权案件中，被侵权人可以要求侵权人停止侵害、消除影响、赔偿损失以救济自己的权利，但是根据上文实证分析表格我们不难发现，获胜的原告本来就是少数，就算胜诉，至多只能拿到一些在其本身商标上已经支出的宣传促销费或者因制止侵权行为而产生的费用而已，且我国《商标法》实行的是注册商标制，对未注册商标的保护缺乏明显的法律依据，商标权人要求原告停止侵害的请求权基本得不到支持，这就使得在市场经济中，“大鱼”吞“小鱼”的现象频频出现却又得不到有效制止，导致侵权人肆无忌惮的侵害他人商标权但是被侵权人却始终只能处于被动地位而不能得到有效救济以保护自己的合法权益。

在民事侵权中，侵权救济采用的是“填平原则”，即“使得权利人恢复到侵权之前的状态”<sup>[19]</sup>即可，而商标法侵权救济的主要目的也是在于填平被侵权人的损失，未将商标权人因商标识别功能的减弱、商誉的毁损以及商标升值拓展空间受限等带来的无形资产的损失以及该侵权行为对于被害人的持久损害纳入赔偿标准充分考量，法律规定的不足是导致原告赔偿损失请求权得不到有效救济的直接原因，这必然导致实务中原告的赔偿请求数额与法院最终的判赔数额相距甚远。

#### （四）消除影响并未真正实现效果

从上文实证分析中我们可以看到，在反向混淆

案件中，被侵权人往往都会要求被告承担消除影响的责任，但是对于消除影响请求权仅在侵权责任法中有所提及，对于该项请求权如何具体适用我国《商标法》并未规定，即使被告被判决停止侵权，但是原告要消除被告长期以来带来的不良影响重新建立商誉并获得其产品的独立性也是具有重重困难的，而《商标法》第 63 条只提及了“赔偿数额应包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支”，并未对制止商标侵权后而产生的消除影响的费用承担问题进行规定，法院即使判令被告消除其侵权行为产生的影响，也是在极其有限的范围内进行的，这对小企业显然是非常不公平的。

现行法律对于消除影响请求权并未进一步规定，救济的形式没有明确，导致法官在裁判中对于该项请求权做判决时没有法律依据，在“大自然”商标侵权案中，一审判决书中有提及判令被告不承担消除影响的理由：“由于商标实为一种财产权，在本案中，比纳公司亦未提交证据证明瑞丽公司、宝得公司的侵权行为对其商誉造成损害，因此，对比纳公司的该项请求，原审法院不予支持”，这与反向混淆不以保护市场主体的商誉为主旨的理念相冲突。

被侵权人的消除影响请求权难以获得法院支持，使得即便被告被判令停止侵害或者赔偿损失后，原告方还需要耗费巨大的努力去为被告的侵权行为买单，效果还往往不尽如人意。因此，现行法律规定的缺失将导致被侵权人为消除被告给自己的商标带来的不利影响而支付高昂的成本，而在判决之后该项成本也难以得到主张，救济效果难以弥补损失，如果不判令被告承担消除影响的侵权责任，并对责任内容予以细化、合理化，那么现行救济手段也难以恢复被混淆商标与其主体之间的关联关系，从而使商标权主体即便胜诉也得不到有效的救济，司法裁判犹如一纸空文。

## 四、商标反向混淆侵权救济路径的完善

### （一）救济路径完善的理念

商标反向混淆案件层出不穷、屡见不鲜，但是在我国司法实务中却没有形成统一的裁判体系，加之法官审判视角有限、侵权救济的标准较低等原因使得同案不同判的现象时有发生，对司法的权威造成了很大

的冲击。笔者认为,较商标正向混淆而言,反向混淆对于商标权人具有更加深远的影响与损害,应该重点规制。在现行立法的基础上,对商标反向混淆的侵权救济路径予以完善细化,并且,在救济理念上应该首先坚持公平、正义理念,从反向混淆的危害性实情出发,寻找新的救济突破点,以对商标权人进行全方位有效的救济。其次,应该树立理性看待商品商标的知名度的理念,不将大企业具有更高知名度作为不会使得相关公众产生混淆的当然理由,正确把握反向混淆行为侵权的实质。最后,应该秉持侧重于鼓励市场竞争的理念,避免作为市场中强者的大企业一方通过不正当竞争手段攫取小企业的商标,维护中小企业的发展,建立市场公平竞争秩序。

## (二)救济体系的具体完善路径

### 1.在相关法律体系中明确规定反向混淆

反向混淆使得在先商标权人失去独立的市场主体身份,阻碍其拓展新市场<sup>[20]</sup>,我们应该重视反向混淆侵权行为的危害性,明确在立法中提出反向混淆这一概念,在现行商标法中单独列明这一侵权行为的定义。在立法上明确规定该行为构成侵权,将促进我国学界和司法实务界对于反向混淆的认知,从而正确处理反向混淆纠纷,对于增加反向混淆案件判决的可预测性以及规范商标的使用和管理活动也有一定的积极作用<sup>[21]</sup>。另外,将未注册商标也纳入法律保护的范围,对于商标反向混淆的侵权救济也有所裨益,但是制度改革不可能一蹴而就,因为我国还不存在对于非注册商标规范保护的充分适用土壤,在立法改革的进程中,可以将该因素纳入考量范围。

### 2.明确反向混淆停止侵害请求权的适用规定

由于反向混淆的侵权判定标准仍然可以沿用“混淆可能性”标准的客观化路径,因此将正向混淆与反向混淆视为两类主要的混淆侵权类型,应当由《商标法》统一规制,在法律的适用上适当区别对待即可<sup>[22]</sup>。为适应经济社会的发展,更好地规制调整市场秩序,

可以在借鉴正向混淆的法律规定基础上,在《商标法》或配套司法解释中对于反向混淆行为侵权的界定加以专门的规定,扩大反向混淆行为适用的范围,例如可以通过最高人民法院的司法解释的方式将反向混淆的侵权行为解释为《商标法》第57条第2项中的一种侵犯注册商标专用权的行为,并在其配套规范中也加入相关的规定,纳入统一的法律规范体系并予以专门规定,使得法官在自由裁量过程中可以寻求到更为具体、充分的法律依据。并且对使用在先的未注册商标的反向混淆侵权行为予以系统的立法规制,填补法律的空缺。

### 3.提高反向混淆损害赔偿的适用标准

《商标法》对商标权给予保护,有益于相关公众识别和购买商品,也利于防止“搭便车”的行为,促进市场公平竞争<sup>[23]</sup>。因反向混淆行为具有特殊危害性,不同于传统的商标侵权行为,被侵权人因侵权行为所遭受的损失往往也是难以估量的,按照普通的民事赔偿标准很难对这一类行为进行有效规制并救济被害人损失,因此,笔者建议在赔偿数额的确定上应当结合反向混淆行为的特征进行考量,将被害人的无形资产损失以及侵权行为的持久损害纳入损害赔偿范围。在侵权损害赔偿额的计算上,笔者赞同在 *Sands, Taylor & wood co.v.Quaker Oats Co* 一案中美国第十巡回法院提出的以商标许可使用费来计算赔偿数额的判定方式<sup>[24]</sup>,即在原被告双方当事人之间准用商标强制许可合同关系,假设原告将其商标由强制许可给被告使用,以商标许可使用费为基准来计算被告的侵权赔偿数额,以商标许可使用费的倍数来调整赔偿数额的变动。这种计算方式能够涵盖商标权人对于其商标价值的市场估量与预期,从而为商标权人因侵权行为造成的损失提供一个客观化的衡量标准,是合乎情理且客观公正的。

对于一些出现了特定因素的案件,如故意侵权,则相对于侵权人主观上缺少恶意的案件来说更加具

---

《商标法》第57条规定: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。

有可谴责性,普通的赔偿制度已经难以对行为人的行为进行全方位的评价,笔者建议应设立反向混淆行为的惩罚性赔偿制度,可参照美国最高法院提出的确认惩罚性赔偿时的几点考虑因素:(1)被告错误行为的程度或者可受指责性;(2)原告受到的伤害或者潜在伤害与损害赔偿之间的差距;(3)陪审团所裁定的惩罚性损害赔偿与类似案件中规定的或者给予的民事处罚之间的差异<sup>[25]</sup>,必要时甚至可以纳入刑法调整的范围。

#### 4.对反向混淆消除影响的侵权责任细化、合理化

笔者认为,消除影响应当作为商标反向混淆行为侵权救济的重要救济路径,因为在该类侵权案件中,消除侵权人带来的不良影响,尊重保障其市场主体地位并获得更加广阔的商标价值拓展空间才是权利人最终的追求,法律应该予以重点规制。因此,在《商标法》中,可以加入对消除影响的具体规定,使得法官在适用法律时于法有据,明确规定侵权人承担一定时期内消除影响的责任或者承担权利人消除影响的费用并对权利人为消除影响而耗费的人力、物力予以补偿。相关学者提出,我国法院普遍采用的发布“致歉声明”的方式不符合市场中纠正商誉受损的规律,并不能起到实质性作用。因为商标权并不是一项人格权,而属于财产权<sup>[26]</sup>。例如,我国法院可以参照美国发布“纠偏广告”的形式来恢复商标权人的商誉,通过这种方法,让商标权人在媒体上大量重复播放纠偏广告,以达到恢复商誉、消除混淆的目的<sup>[27]</sup>。“纠偏广告”顾名思义,即通过广告来纠正消费者的认识偏差,商标权人在相关媒体上发布纠偏广告,在最大最广泛范围内向社会公众传达侵权事实,并由侵权行为人承担广告费用,这样既可以在最大程度上纠正消费者认知范围内的商品与商标来源对应关系,使得商标权人在获得胜诉判决后,能够真正恢复其权利的圆满状态,另一方面也降低了消费者的搜索成本。

## 结 语

由上述论述可知,应该在商标制度与反不正当竞争制度的双重视角下处理侵权救济的问题,通过明确请求权基础、完善停止侵害请求权的适用规定、提高赔偿标准、细化消除影响路径的具体适用给权利人更为充分的救济,更好地为萌芽企业创造发展的空间。

## 参考文献:

- [1] W. R. Cornish. Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights [M]. London Sweet and Maxwell, 1996:527.
- [2] Ralph S. Brown. Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols [J]. Yale Law Journal, 1948, 57(7): 1165-1187.
- [3] J.Thomas McCarthy. McCarthy on Trademarks and Unfair Competition (Fourth Edition) [M/OL]. http://international.Westlaw.com.
- [4] Big O Tire Dealers, Inc. v. Goodyear Tire & Rubber Co. 195 USPQ 417 (10th Cir.1977).
- [5] 746 F. Supp. 1159, 1161 n 11(D. Mass. 1900).
- [6] 杜颖. 社会进步与商标观念: 商标法律制度的过去、现在和未来[M]. 北京: 北京大学出版社, 2012: 17.
- [7] 李雨峰. 重塑侵害商标权的认定标准[J]. 现代法学, 2010(6): 45-54.
- [8] 宋颂. 商标混淆可能性标准的客观化路径及其反思[J]. 常州大学学报(社会科学版), 2017(6): 42-51.
- [9] 广东省高级人民法院(2016)粤民再447号民事判决书.
- [10] 郑成思. WTO与知识产权法研究[J]. 中国法学, 2000(3): 22-36.
- [11] 周蔚文. 知识产权权利冲突处理原则的司法适用[J]. 人民司法, 2006(8): 73-75.
- [12] 彭学龙. 商标反向混淆探微——以“‘蓝色风暴’商标侵权案”为切入点[J]. 法商研究, 2007(5): 140-147.
- [13] 广东省高级人民法院(2015)粤高法民三终字第444号民事判决书.
- [14] 浙江省杭州市中级人民法院(2011)浙杭知终字第56号民事判决书.
- [15] 河南省郑州市中级人民法院(2015)郑知民初字第1327号民事判决书.
- [16] 北京市海淀区人民法院(2007)海民初字第4917号民事判决书.
- [17] 重庆市第五中级人民法院(2014)渝五中法民终字第04331号民事判决书.
- [18] 广东省中山市中级人民法院(2017)粤20民终1709号民事判决书.
- [19] 王利明. 侵权责任法研究(上卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2010: 609.
- [20] 袁博. 浅析“新百伦”商标案的侵权赔偿数额[J]. 中华商标, 2015(6): 11-15.
- [21] 黄超英. 商标反向混淆相关法律问题研究[D]. 北京: 中国政法大学, 2009: 38.
- [22] 张耕, 游楠. 商标反向混淆研究[J]. 《重庆理工大学学报



- (社会科学)》2012(5):13-18.
- [23] 吴汉东,王超政.中国发展大局中的商标法修改[J].中国工商管理研究,2013(2):21-25.
- [24] 龚征南.美国商标反向混淆制度研究[D].重庆:西南政法大学,2009:38.
- [25] 李明德.美国知识产权法[M].北京:法律出版社,2014:615.
- [26] 王太平.商标法:原理与案例[M].北京:北京大学出版社,2015:423.
- [27] 董晓寒.谁的新百伦[J].中国经贸聚焦,2015(6).

## Empirical Analysis and Perfection of Remedy Path of Trademark Reverse Confusion

TANG Yu-xin, YI Jian-xiong

(School of Civil and Commercial Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

**Abstract:** Trademark reverse confusion infringes the legitimate rights and interests of the prior trademark holders. In theoretical and judicial fields, there is a more mature understanding of the theory of reverse confusion and the identification of infringement. However, through empirical analysis, it is found that due to such reasons as inconsistent basis of claims, narrow understanding tendency to stop infringement, the unclear damage compensation standards, and failure to truly realize the effect of eliminating the influence, it is difficult for right holders to obtain adequate relief. Therefore, when improving the remedy path, we must adhere to the concept of fairness and justice, rationally view the trademark awareness, and focus on encouraging market competition. As for the specific system and judgment considerations, we should further clarify the basis of the right to request for remedy, improve the applicable rules for the claim right of stopping infringement, increase the standard of damage compensation, and refine the specific application of eliminating the impact.

**Key words:** reverse confusion; infringement remedy; stop infringement; damages; elimination of influence

(上接第6页)

## The Legal Subjectivity of Artificial Intelligence

—From the Perspective of Copyright Protection of AI Products

XU Chun-ming, YUAN Yu-ling

(Law School/Intellectual Property School, Shanghai University, Shanghai 200444, China)

**Abstract:** As for the copyright protection of AI products, the core issue is the legal subjectivity of AI. Based on the existing laws, AI does not have the qualification as legal subject, and its creations cannot be regarded as works. Regardless of the legal subjectivity of AI, AI creations satisfy the constitutive requirements and can be identified as works according to the copyright law. AI does not have the qualification as legal subject under the existing technical conditions, and super artificial intelligence in the future should not have the qualification as well. Based on incentive theory, artificial intelligence products should be protected by copyright law. The core issue is the ownership of rights, and copyright should belong to developers, owners or users.

**Key words:** artificial intelligence; legal subject; copyright; ownership of rights