

假冒服务商标行为的刑法认定

刘玉刚

青岛大学法学院, 山东 青岛

收稿日期: 2024年10月5日; 录用日期: 2024年11月5日; 发布日期: 2024年11月14日

摘要

《刑法修正案(十一)》将侵犯服务商标行为纳入到刑法规制当中, 解决了一直存在的假冒服务商标行为是否应当入罪的争议问题。立法完善后, 如何把握相关犯罪的入罪标准成为不可避免的问题。司法实践中, 在认定假冒注册服务商标犯罪时, 参照商品商标的相关规则并结合服务商标的特点综合认定“使用”行为; 坚持以服务为中心, 形式判断与实质判断相结合的方法认定同一种服务; 以客体遭受的实质损害为依据, 对是否成立“情节严重”进行判断。通过对假冒注册服务商标犯罪构成要件司法认定的分析, 合理限定服务商标的刑事保护边界, 明确假冒注册服务商标行为的入罪标准, 从而完善对服务商标的刑事保护。

关键词

服务商标, 刑法保护, 入罪标准

Criminal Law Determination of Counterfeiting Acts Involving Service Trademarks

Yugang Liu

School of Law, Qingdao University, Qingdao Shandong

Received: Oct. 5th, 2024; accepted: Nov. 5th, 2024; published: Nov. 14th, 2024

Abstract

The Eleventh Amendment to the Criminal Law has included infringement of service trademarks in the criminal law, resolving the long-standing controversy over whether counterfeiting service trademarks should be criminalized. After the legislation is improved, how to grasp the crime standards of relevant crimes has become an unavoidable issue. In judicial practice, when determining the

文章引用: 刘玉刚. 假冒服务商标行为的刑法认定[J]. 争议解决, 2024, 10(11): 140-144.

DOI: 10.12677/ds.2024.1011446

crime of counterfeiting registered service trademarks, the “use” behavior is comprehensively determined by referring to the relevant rules of commodity trademarks and combining the characteristics of service trademarks; Adhere to the service-centered approach, combining formal and substantive judgments to identify the same service; The determination of whether the “serious circumstances” are established is based on the actual damage suffered by the object. By analyzing the judicial determination of the constitutive elements of the crime of counterfeiting registered service trademarks, we can reasonably limit the criminal protection boundaries of service trademarks, clarify the crime standards for counterfeiting registered service trademarks, and thus improve the criminal protection of service trademarks.

Keywords

Service Trademark, Criminal Law Protection, Criminal Standard

Copyright © 2024 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. 引言

知识产权法作为刑法的前置法，二者均对商标法益进行保护。根据法秩序统一原则的要求，要避免服务商标刑法保护与前置法之间产生冲突，要正确把握犯罪构成要件的理解适用，明晰服务商标侵权与犯罪之间的界限，以实现准确认定假冒注册服务商标犯罪。《刑法》第二百一十三条¹对假冒注册服务商标犯罪行为有明确的规定，通过将本罪的罪状进行分解，侵犯服务商标行为入罪认定需满足以下条件：第一，存在“使用”行为；第二，在“同一种服务”上使用；第三，犯罪行为必须达到“情节严重”的入罪标准。“刑法的适用过程就是刑法解释的过程。”^[1]因此，必须基于罪刑法定原则，对相关构成要件作出合理解释，对假冒服务商标犯罪行为进行认定。

2. 服务商标“使用”的认定

“使用”是认定侵犯服务商标犯罪的重要要素之一。有关商品商标“使用”的认定，最高人民法院和最高人民检察院的司法解释和《商标法》第48条²的相关规定是主要认定依据。这两个规定均基于商品商标可附着于商品，对被附着的对象和行为进行了列举。“按照商标的三元结构来看，显然服务商标与商品商标的不同之处就是使用的对象。商品商标使用在有形的商品之上，服务商标使用在无形的服务之上。”^[2]对比商品商标与服务商标可以发现，商品商标可以附着于商品上，而服务商标却没有此特性。因此，对于服务商标“使用”的认定，应当参照商品商标相关规则，并结合其本身特点进行综合认定。

2.1. “使用”行为的类型认定

“使用”的行为类型以假冒行为为限。商标法规定的商标侵权行为类型包括假冒，即未经许可，使用与已注册商标相同的商标；仿冒，即未经同意，擅自使用与已注册相同或者近似的标识；反向假冒，即未经许可，将原有商标去除，再标识其他商标后重新流通。其中的假冒行为属于刑法的规制范围，与

¹《刑法》第二百一十三条规定：“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，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”。

²《商标法》第四十八条规定，“本法所称商标的使用，是指商标用于商品、商品包装或者容器以及产品说明书、商品交易书，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”。

假冒注册商标罪相对应。服务业的繁荣发展使得服务商标在市场中的重要作用也愈发明显，同时服务商标侵权案件数量也随之增加，刑法也适应现实需求将服务商标纳入刑法保护之中。受到国际上强化知识产权刑法保护观点的影响，有学者主张将商标权的刑事保护范围进行扩张，必要时将全部的商标侵权行为都纳入到刑事规制当中^[3]。笔者认为，此种观点有一定的合理性，保护范围的扩张体现了对商标权保护的重视，有利于提升商标的保护力度。但是此种观点忽略了刑事打击的可行性问题，对于诸如仿冒服务商标的行为，刑法严厉的制裁手段并非高效的解决方式。一方面，就侵权行为人而言，由于制度本身存在的问题，对于服务商标的权利边界难以做到准确把握，即使在履行相关注意义务后，依然有可能侵害到已有的注册商标，由于此种行为显然不具有刑事违法性，因而难以作为刑事案件处理。另一方面，就被侵权人即商标权人而言，商标权人通过提供优质服务积累了商誉，侵权人利用商标权人积累的商誉获取利益。一般而言，商标权人的主要诉求为停止侵害行为和赔偿经济利益。而此种诉求完全可以作为民事侵权得到妥善处理，刑法没有介入的必要。因此，从商标权人、被侵权人利益角度考量，根据节约司法资源、高效打击犯罪的要求，以及刑法谦抑性的原则，应当将“使用”行为类型限制为假冒行为，而非将全部侵权行为纳入刑法规制的范围。

2.2. 刑法与民法“使用”认定的界限

民事侵权的认定标准不宜直接作为刑法认定的依据。关于服务商标“使用”的认定标准，在民事领域尚未完全明确，因此对于将民事侵权的认定标准作为刑法认定的依据，应持谨慎的态度。对于有争议的商标使用行为，坚持刑法谦抑性原则的要求，优先选择通过民事、行政手段解决。首先，对于商品商标“使用”的认定，《商标法》第四十八条有明确规定，服务商标“使用”的认定，应当以此条规定为参照。其次，相较于商品商标可以直接使用于商品上，服务上并不能直接体现相关商标，而需要借助实物载体。因此，在识别服务商标时，要注重辨别服务相关载体，载体对于服务商标“使用”的认定有着不可替代的作用。最后，要明确服务商标“使用”的认定标准。结合司法实践中的相关案例，认定服务商标使用行为的标准应当是未经服务商标所有权人许可，在提供相关服务时，冒用权利人的服务商标并且达到足以使一般公众混淆的程度。例如，未经注册服务商标权利人许可，使用他人的服务商标，并足以使消费者误认为自己选择的服务系该商标对应的服务，对权利人所有的注册商标专用权造成了实质侵害。

3. “同一种服务”的认定

“同一种服务”是认定行为人构成假冒服务商标犯罪的重要内容之一，但是相关认定标准目前处于阙如状态。侵犯服务商标纳入刑法规制以后，如何认定“同一种服务”将是司法工作人员办理相关案件不可避免的一项工作。

3.1. “同一种商品”的参照认定

由于服务商标在立法修改后纳入刑法保护范围内不久，相关认定规则尚未完善，因此商品商标的认定规则可以作为参照。有观点主张，同一种商品是指“名称相同的产品以及名称不同但是指同一事物的商品。”^[4]笔者不赞同这种观点，一方面，此种定义将商品局限为相同的商品而不包括相似的商品，限制了对相关犯罪对象的认定，不利于注册商标的刑法保护。另一方面，将此处“同一种”限定为种类，即包括相同和相类似的商品，不超出文义解释的范围，解释结果也符合社会大众的期待。参照商品的认定，在解释“同一种服务”的过程中，不仅包括相同的服务，而且包括可以同类替换的服务。司法实践中，由于商品与服务不同特点，同一种服务的认定相较于同种商品的认定更加复杂，这就决定了对于同种服务的认定不能简单直接按照同种商品认定的具体步骤与标准，应当在参照同种商品认定的基础上，

结合服务自身的特点，综合认定。

3.2. “服务”的认定

服务，即为集体(或别人的)利益或为某种事业而工作[5]。这是一般社会生活对服务的界定，而在刑事法律规范中的服务应当是法律的概念界定，相较于生活中的定义，法律的定义具有法定性、明确性等特点。由于现有的相关法律规范并未对服务作出规定，因此理解服务商标的刑法概念就需要借助主客观两方面进行界定。正如前文对服务商标的描述，笔者认为对于“服务”的理解主要包括主观和客观两个方面。一方面，服务主观上是为了他人的利益，服务提供者提供的服务能够满足他人的利益需求，强调服务所具有的独立的交换价值。另一方面，服务在客观上是一种行为。由于服务商标所指向的对象是具有无形性的服务，无形的服务需借助有形的载体来表现，因此服务商标内容和结果的呈现离不开服务提供者的服务行为。在侵犯服务商标行为的认定中，要结合对服务主客观两方面的综合理解，正确把握服务商标的刑事保护边界。

侵犯服务商标犯罪的认定以服务为中心。罪刑法定原则要求刑法必须具有明确性，对于犯罪及法律后果作出具体规定。服务商标在社会发展中的作用越来越重要，刑法将其纳入规制范围，如何对“同一种服务”进行认定也是刑法保护必须要考虑的问题。鉴于商品商标与服务商标具有不同的特点，刑法将其分别予以规定。笔者认为，准确认定“同一种服务”，应当坚持以服务为中心，遵循先“形式判断”后“实质判断”的方式进行。形式判断用以对同一种服务是否满足基础的条件进行衡量，实质判断用以排除一些形式上符合要求但实质上并非同一种服务。首先，形式判断用以确定服务商标的具体范围。在判断是否属于“同一种服务”时，要逐一对照国家知识产权局商标局编制的《类似商品和服务区分表》中的“类别、群、项目”。关于刑法认定时是否应遵从行政法相关规定，行政法、民法作为刑法对商标权进行保护的前置法，刑法原则上应与其保持一致。在认定同一服务方面，行政法及刑法的规定均为了保护商标所有权人的利益，两法对于法律主体及法益保护方面具有一致性。其次，要根据服务的内容进行实质判断，实质判断用以解决“相同服务”的认定问题。由于同一种服务目前尚无明确界定标准，因此可以参考同一种商品的认定规则。认定时，根据《类似商品和服务区分表》，严格遵循相关规定，对名称相同的服务得进行认定。对于名称不同的，明确为类似服务还是相同服务。此外，在形式判断与实质判断的基础上，结合最高人民法院司法解释的规定和服务目的、场所、内容、功能、对象等相关因素进行综合判断。最后，需要指出的是，服务商标的使用有其独特的复杂性，因此在具体案件的判断中，还要结合实际使用情况以及与他人服务的关联性作出是否属于相同服务的判定。

4. “情节严重”的认定

犯罪情节是判断假冒注册商标犯罪构成与否的标准。这一标准对于本罪的认定具有重要意义，通过这一标准也可用以将民事侵权与刑事犯罪进行区分。一般的商标侵权行为与假冒注册商标犯罪行为在社会危害性和应受刑罚惩罚性方面存在明显的差异，通过查阅司法解释的规定可以发现，侵犯商品商标犯罪案件处理中，是以非法经营额与违法所得额作为情节严重的判断依据。犯罪数额对犯罪是否成立、罪刑轻重具有重要影响，但是相较于商品商标是现实性和有形性，服务商标的特点与之相异。服务商标具有无形性和虚拟性，其受众又具有不确定性和扩散性[6]。因此对于服务商标的认定，不仅要考虑数额，也要兼顾到假冒服务商标的情节，对于在司法实践中是否应沿用单一的犯罪数额判断标准值得进一步商榷。

从司法实践中来看，服务商标侵权行为所造成的物质损害相较于商品商标侵权行为并不明显，这由此也导致在对服务溯源上的障碍和数额计算上的困难。如果继续沿用商品商标的违法所得额和非法经营额的判断标准进行计算，那么继续坚持原有数额标准能否适应现实需求是应当考虑的问题。特别是在当

今的网络信息时代,服务受众跨越地域,具有不确定性和广泛性,导致服务商标侵权造成的损害更大、更隐蔽,且服务商标一般相较于商品商标具有更高的经济价值。司法解释对情节严重的规定实属表象,而未触及到核心即是否构成犯罪[7]。对于本罪情节严重的判断,应当以客体所遭受到的实质损害为依据,这也是本罪客观认定的要求。因此,笔者认为,应当将假冒服务商标入罪、量刑的犯罪数额与假冒商品商标进行区分处理。针对这两种不同的行为方式,在“情节严重”的理解适用上,要在考虑数额的基础上,综合考量行为的社会危害性、侵权的具体情况等进行认定,将犯罪方法和手段纳入考量之中,并适时制定、公布相关细化规定,从立法上完善情节严重的认定。

5. 结语

综上所述,笔者主要对假冒注册服务商标的刑法认定问题进行了探讨。通过分析,对于目前侵犯服务商标入罪标准尚未明确,构成要件适用存在的问题。“使用”的行为类型要以假冒行为为限,结合服务商标民事侵权的认定标准进行判断。“同一种服务”的认定应遵循形式判断与实质判断相结合的方式认定。“情节严重”的理解适用对犯罪行为入罪量刑有重要影响,要在计算数额的基础上,考虑客体遭受的实质损害,综合考量案件的具体情况认定。明确服务商标侵权与犯罪之界限,合理限定服务商标刑事保护的边界,确定侵犯服务商标行为入罪的标准,以实现在相关立法完善以后对服务商标更有效地保护。

参考文献

- [1] 刘艳红. 观念误区与适用障碍: 新刑法施行以来司法解释总置评[J]. 中外法学, 2002(5): 513-539.
- [2] 张今. 服务商标之使用和保护的特殊性研究[J]. 法学杂志, 2021(6): 1-10.
- [3] 杨晓培. 利益均衡: 商标权刑法保护的一种进化[J]. 法学杂志, 2017(9): 115.
- [4] 张明楷. 刑法学[M]. 第4版. 北京: 法律出版社, 2011: 729-731.
- [5] 汤普森. 牛津现代英汉双解词典[M]. 北京: 外语教学与研究出版社, 牛津大学出版社, 2003: 1879.
- [6] 陈超. 服务商标刑法认定及适用的逻辑展开——基于《刑法修正案(十一)》的解读[J]. 政法学刊, 2022(2): 64.
- [7] 何卓律. 假冒注册商标犯罪认定的若干问题探析[J]. 广西政法管理干部学院学报, 2021(6): 31.