

摘要>>>

近年来,“双 11”、“双 12”等促销活动愈发受到民众欢迎,各类网购平台在方便消费同时,也因低门槛、缺监管、高流动等特点给犯罪分子实施侵犯知识产权类犯罪提供了便利。为此,我国逐渐加大对知识产权的刑事保护力度,查办侵犯知识产权案件数量明显上升。假冒注册商标罪及销售假冒注册商标的商品罪作为最为常见、最多发的知识产权犯罪类型,呈现出复杂化、专业化、跨区域、隐蔽化等特点。在该类案件的司法认定中,仍有诸多疑难问题有待解决。本文结合法律规定和司法实践,对难点问题进行分析,提出想法,以期回应司法实务中的困惑。

假冒注册商标罪实务问题探究

□叶萍 欧智恒

商标是企业的宝贵财富,在维护、宣传企业产品同时也便于消费者选购产品。因此,对商标进行注册是保护企业财产的重要手段。在我国,保护知识产权的法律体系是民事、行政以及刑事保护“三位一体”的知识产权法律制度。如何对“三位”合理界定,是司法实践中的难点。针对刑法第二百一十三条,应如何认定“未经注册商标所有人许可”、“同一种商品”、“相同的商标”?假冒注册商标罪与生产、销售伪劣产品罪之间的关系又是如何?

一、“未经注册商标所有人许可”的认定

假冒注册商标罪,是行为人违背注册商标所有人的意志,虽无权使用却仍予以使用。“未经注册商标所有人许可”在理论界有两种观点:一是合同说,依《商标法》第四十条规定,认为行为人与注册商标所有人是否签订商标使用许可合同,作为判定行为人是否获得注册商标所有人许可的唯一标准。在此基础上亦有学者提出“法律说”,认为依《商标法》第四十二条、第四十三条,转让、许可他人使用注册商标的,应当签订书面合同并上报商标局提出申请或者备案。二是同意说,即通说观点,认为只要行为人得到注册

商标所有人的同意即不构成犯罪,而同意的形式不论,口头与书面均可。

笔者赞同“同意说”。“合同说”、“法律说”的认定方式过于狭隘。刑法注重实质,无书面合同,未向商标局提出申请或备案,仅缺乏形式要件,但只要确有注册商标所有人许可,即使口头许可,已然具备“经注册商标所有人许可”的实质内涵。但需注意,如所有人口头同意后,双方签订以上报批准等作为生效要件的书面合同,然客观未经批准,则行为人未取得许可,其使用行为仍可能涉嫌假冒注册商标罪。

二、“同一种商品”的认定

2011 年两高一部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)第五条就“同一种商品”的认定作出规定,即名称相同的商品和名称不同但指同一事物的商品。

（一）名称相同

《意见》规定,“名称”是指国家工商行政管理总局商标局在商标注册工作中对商品使用的名称,通常是《商标注册用商品和服务国际分类》(以下简称《国际分类》)中规定的商品名称。在《国际分类》中,均按类、组、种分类,而“同一种商品”应是在同一种目下的商品,仅需商品的名称与《国际分类》中的名称相同,且不论规格、型号是否存在区别,均视为“同一种商品”。

三、“相同的注册商标”的认定

实务中有两种观点:一是狭义说,认为“相同商标”指假冒商标与真实注册商标完全一致;二是广义说,即通说,指假冒商标与真实注册商标完全相同或基本相同。狭义说的情况基本仅限于行为人通过偷、骗、捡等方式获取,或者商标所有人非法提供。

笔者同意第二种观点。《意见》第六条肯定了广义说,并列举三种可认定为“与其注册商标相同的商标”的情况,且保留“其他与注册商标在视觉上基本无差别,足以对公众产生误导的商标”的兜底条款。基本相同应介于“完全相同”与“近似”之间,以一般消费者的一般注意力为认定标准。“基本相同”指一般消费者尽一般注意力无法区分。“近似”指一般消费者尽一般注意力会发现差异。因一般的消费者在购买商品时不可能随身携带样品,而是比对商品与自身的记忆,所以应采取隔离观察与整体观察的方法判断,即将目标商品隔离开,从商品整体进行观察和判断。分析如下:

（一）视觉上基本无差别

- 文字商标。文字商标在视觉上认定基本无差别的前提是文字相同。文字不同的商标,即使文字再相似,实践中确会误导公众,如“康师傅”与“康帅傅”,也仅能认定为近似商标。对文字相同、字体不同的商标,消费者在购买文字商标的商品时,凭借对文字本身的记忆,而非文字的字体,在文字完全相同,仅修饰、字体、顺序等非核心要件不同时,系视觉上基本无差别。
- 图形商标。消费者在购买图形商标的商品时,对商标的直观印象最为重要,故图形的整体

（二）名称不同但指同一事物的商品

有些商品因为民俗、地域、语言翻译等原因,导致名称不同。最为典型的就是郑州思念食品有限公司所注册的“元宵”。根据《国际分类》,“汤圆”及“元宵”均为元宵(C300052),应认定为“名称不同但指同一事物的商品”。

在无法通过《国际分类》进行判断时,应结合主、客观综合判定。《意见》规定,“名称不同但指同一事物的商品”是指在功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同或基本相同,相关公众一般认为是同一事物的商品。对相关公众的范围,应限定在与该商品存在一定关系的消费者,根据一般消费者的通常认知和交易观念判断是否属“同一种商品”。

视觉效果起到决定性作用。若整体相似,通过直观感受无法察觉到细微差别,就应认定为视觉上基本无差别。如“凤凰”牌自行车的注册商标,凤凰的尾部羽毛有 12 根,行为人假冒了 11 根羽毛的“凤凰”注册商标,法院判定符合“基本相同”。另外我们建议可引入第三方调查机构,通过随机抽样,挑选一般消费者对系争商标与注册商标是否相同进行判断,并汇总数据以供司法判断。

3.组合商标。在组合商标可以区分显著部分和非显著部分的情况下,显著部分要求完全相同,非显著部分则达到近似即可。但在无法进行区分显著部分与非显著部分的情况下,只要两个商标之间有任何一部分差别较大,都不能认定为基本相同。

4.商标颜色的认定。颜色是商标的重要组成部分,对于商标也起着重要作用。针对商标颜色,应当从颜色种类与颜色深浅分析。以颜色的种类作为认定标准,如红、黄、蓝等基本大类。颜色大类不同则不能认定为基本相同。若颜色种类相同,仅深浅程度不同,如蓝色中分为深蓝、浅蓝等,则应认为基本相同。

（二）对公众产生误导

在判断假冒注册商标是否会误导公众时,应以一般消费者的一般注意力作为判断依据。如果通过隔离、整体观察,并尽一般注意力后,一般消费者看来实则相同,从而误认两者为相同商品,应认定为“基本相同”;而如仅使消费者对商品的来源或与原注册商标的商品关联产生误认,只能认定为“近似”。

四、主观要件的认定

通说认为假冒注册商标罪只能是故意犯罪,且仅限直接故意,笔者认同该观点。但实践中往往较难判断行为人的主观故意,事实上也不能将行为人对是否获得所有人许可的可能性认识等同于使用本身的态度。分析如下:

行为犯的犯罪故意内容包括认识因素和意志因素。在认识因素中,直接故意与间接故意较为相似,只要求行为人认识到特定的行为,纵使直接故意也包含明知自己的行为可能会发生危害社会的结果,因此在认识因素的判定上,只需要“明知可能”即可(也有学者指出,间接故意的认识因素仅限于认识到可能发生,而不包含明知必然)。而直接故意与间接故意本质区别在于意志因

五、假冒已有注册商标但无实际商品的行为认定

注册商标所有人在使用其注册商标时,可能存在下述几种情况:1.在自己所有的商品上使用注册商标;2.在自己注册范围外的商品上使用商标;3.在自己注册范围内部分商品上使用注册商标。

第一种情况下的行为符合“同一种商品”的认定。第二种情况,所有人在超越自己注册范围的商品上使用自己的商标,该行为不受到刑法保护。若他人已在该类商品上注册了相同的注册商标,则所有人因在他人注册范围内使用了他人的注册商标,其行为涉嫌假冒注册商标罪。

第三种情况,因系注册范围内的商品,因此即使所有人未曾使用,亦应当保护其知识产权,不能因未实际使用,而否定行为人擅自未经许可使用的违法性。

（一）可以认定为“同一种商品”

反对说认为,判断假冒注册商标罪成立的前提是能认定“同一种商品”,即存在有真实的参照物。笔者认为,认

六、该罪与生产、销售伪劣产品罪的辨析

（一）区别

- 客体不同。前者为国家商标管理制度以及注册商标所有人的商标权。后者是国家产品质量监督管理制度、市场监督管理制度以及消费者的合法权益。
- 客观行为表现不同。前者系未经注册商标所有人的许可,在同种商品上使用相同商标。后者为在产品中掺杂,掺假,以假充真,以次充好或者以不合格产品冒充合格产品。
- 犯罪对象不同。前者为他人的注册商标,不要求产品质量问题。后者是伪劣产品,是就产品质量而言,杂、假、次或者不合格。

（二）罪数

- 行为人生产伪劣产品时,未经注册商标所有人许可,在同种商品上使用相同注册商标。有数罪和牵连犯、想象竞合犯等观点。笔者认为核心是判断行为入具体实施了几个行为。首先,行为人在生产伪劣产品过程中假冒他人注册商标,目的是为牟利,假冒注册商标是为更高效地售出伪劣产品。行为人的生产行为与假冒行为实际上是一个过程,

素的不同,前者希望危害结果发生,而后者则是放任危害结果发生,对危害结果发生与否听之任之。因此行为人只要认识到自己使用的相同商标可能是未经所有人许可,而仍使用于同一种商品上,即应认为符合直接故意的认识及意志因素。

至于认定行为人是否具有犯罪故意,就应当通过司法推定的方式予以推断。无论行为人是自行生产或者接受他人委托生产注册商标的商品,均有义务具体审查自己或者委托方是否是注册商标所有人抑或具有注册商标所有人的授权许可。如果行为人采取放任态度,不尽谨慎义务,就使用该注册商标,结合行为人从业背景、所使用的注册商标的情况、注册商标的来源等综合考虑,可以推定行为人明知可能。

定“同一种商品”,应在所有人注册商标核定使用的商品和行为人实际生产销售的商品之间进行比较,并非所有人实际使用的商品。并且,在判断是否为“同一种商品”时,先以《国际分类》为基础,再综合参考商品的功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面。

（二）“注册商标核定使用的商品”应当包含空置商标

反对说认为,应对“注册商标核定使用的商品”做限缩解释,不包括防卫商标、备用商标等空置商标,对空置商标的保护会导致商标专用权的过度扩张。笔者认为该解释不符合刑法设置目的。无论是正常使用中的注册商标,还是权利人为保护自己商标所注册的防卫商标、备用商标等,只要符合法律规定核准的注册商标,都应受法律保护。根据《商标法》第四十九条第二款,注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或没有正当理由连续三年不使用的,任何单位或个人可以向商标局申请撤销该注册商标。该规定可避免商标专用权的过度扩张。

生产包含的不仅是对原材料的加工,也包含对产品的包装。此时的假冒注册商标行为无法单独剥离出来单独评价。其次,在认定仅有一个行为的情况下,既可能是想象竞合也可能是法条竞合,因行为人在生产伪劣产品过程中不必然实施假冒注册商标的行为,同样行为人在实施假冒注册商标的行为时不必然生产伪劣产品,因此不存在必然的重合或者交叉关系,应适用想象竞合犯的原则,从一重罪处罚。

- 销售伪劣产品的行为人所采购的伪劣产品本身就是他人已假冒注册商标的商品。此种情况与前述第一种情况相同,应适用想象竞合犯的原则,从一重罪处罚。
- 销售伪劣产品的行为人采购伪劣产品后,自行在上述产品上从事使用假冒注册商标后销售。行为人明显有两个独立行为,一是假冒注册商标的行为,二是销售附有假冒注册商标的伪劣产品行为。行为人的销售行为实际是假冒行为的目的行为,二行为间具有手段行为与目的行为的牵连关系,且触犯了不同罪名,笔者同意通说,应适用牵连犯的原则,从一重罪处罚。

(作者单位:上海市闵行区人民检察院)