

# 服务商标入刑问题探析

周慧琦

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2023年4月4日; 录用日期: 2023年5月18日; 发布日期: 2023年5月25日

## 摘要

《刑法修正案(十一)》将假冒注册商标罪的规制对象扩至服务商标, 进一步完善了我国知识产权刑法保护体系。然而, 区别于商品实体化, 服务具有无形性、个性化等特点, 刑法第213条关于“同一服务”、“使用行为”以及入罪标准等问题亟待明确。本文意图厘清服务及服务商标的概念与特点, 阐述服务商标的刑法规制必要性, 同时以法秩序统一、罪刑法定原则以及刑法谦抑性为导向, 结合刑民规范与裁判, 为服务商标的具体适用提供解释路径。

## 关键词

同一服务, 法秩序统一, 商标使用

# Analysis on the Criminal Law Protection of Service Trademarks

Huiqi Zhou

Faculty of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Apr. 4<sup>th</sup>, 2023; accepted: May 18<sup>th</sup>, 2023; published: May 25<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

The Eleventh Amendment to the Criminal Law extends the scope of regulation for the crime of counterfeiting registered trademarks to service trademarks, further improving China's criminal law protection system for intellectual property. Unlike physical products, services are intangible and personalized. Article 213 of the Criminal Law requires clarification on issues such as the same service, criminal behavior, and admission criteria. This article aims to clarify the concept and characteristics of service trademarks, and elaborate on the necessity of protecting service trademarks. Guided by the unity of legal order, the principle of legality in crimes and punishments, and the modesty of criminal law, an explanatory path for the specific application of service trademarks can be provided by considering criminal and civil norms and judgments.

## Keywords

### The Same Service, The Unity Principle of the Legal Order, Usage Issues

Copyright © 2023 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. 服务及服务商标概述

### 1.1. 服务的概念及特征

界定服务商标及犯罪行为应首先明确“服务”概念，国家商标局颁布的《类似商品和服务区分表》在第35类至第45类以列举式将广告、运输、教育、医疗、法律等行业纳入“服务”范畴[1]，但未明确概念及分类依据。学理上，不少学者认为商标法的“服务”有特殊含义，不同于日常用语。有学者认为“服务”须有独立经济价值且为独立交易对象，企业内部研修、家庭生活服务等不受法律保护[2]。另有学者认为，按照服务商标保护的目，服务对象系他人，而非自己或内部员工。《商标法》宗旨之一为保护消费者，避免将商品和服务的来源混淆。服务商标本身即具有区分价值，标志着所有者为他人利益所做的一系列活动，不仅仅是开拓业务的附属品。而设计、制造商品或为商品提供基本保修不是独立的服务，因为该种“服务”或是处于商品预售期，或是商品附属性服务，并非服务商标的范畴[3]。

综上所述，规范层面以列举式展现“服务”内涵，学者们则各自总结了“服务”的特点，均未明确具体概念及其与商品的区别，沦为广义理解。笔者认为应从主客观两方面解释“服务”。首先，服务提供者主观上是为了他人利益提供助力，如餐饮服务以满足食客口腹为核心，营销服务追求商品广泛销售或宣传[4]。其次，“服务”相关活动处于客观空间范围内，其开展须有工具载体，其结果以有形物展现。故“服务”本质是服务人员劳力或脑力的投入，这种投入对接收方至关重要，决定服务程度、客户评价以及利润收入，如餐饮服务的重点在于制作餐品、营造就餐环境等内容投入，并不仅是菜品商品的销售。

此外，服务与商品具有明显区别：“服务”以个体为对象，表现为个性化、无形化即买即售。商品则是一种实体物质，可批量、直观地生产与销售；区别于商品强流通性，“服务”依附于空间，提供者特定场所活动，“服务”过程就是消费过程，而服务相关产品或行为则附着于服务场所内[5]。

### 1.2. 服务商标概念及保护现状

《关于保护服务商标若干问题的意见》将服务商标定义为：由文字、图形等构成的标识，用于区分经营者之间提供的服务。服务商标指向对象的无形性，决定了其无法直接附着于服务本身，必须借助于实物载体体现，可通过广告或其它物件为媒介，使顾客对服务品牌产生联想。

随着服务业兴起，仿冒或假冒商标、非法攀附或利用服务商标权利人已获得的商誉，成为常态。侵犯服务商标权行为特征有：第一，消费者难发现。只有服务出现问题或因产品质量顾客权益受损后，才知晓系非正规服务。第二，侵权难度小，费用低。行为人常以“官方指定”、“官方授权”名义，租用一家小型商铺，或者注册一家小型公司，穿着印有服务标志服装，提供相同或类似服务。在立法层面，现行相关法规均以保护商品商标为核心，服务商标无独立的评价标准。此外，理论上对服务商标研究较少，往往忽略其构成、使用与保护的特殊性，未深入讨论司法实务争议问题。由此可见，我国对服务商标保护较为薄弱，在服务商标已明确入刑的基础上，有必要结合其特殊性，明确犯罪构造，完善服务商标保护体系。

## 2. 服务商标入刑必要性

### 2.1. 服务商标经济价值激增

2022 年我国服务业同比增长 2.3%，行业势头强劲[6]。服务经济时代，服务商标大量涌现，其经济价值显现。服务商标作为服务品牌价值最浓缩的体现，代表服务品质和商誉，逐渐为大众熟悉，并形成强大的品牌效应，例如快递行业的顺丰，旅馆业的锦江之星，娱乐业的好乐迪等。若这些服务商标被假冒，不但会对消费者产生误导，还会使权利人利益受损。特别是近几年来山寨文化不断“繁荣”，各种类型的服务商标被剽窃、仿冒，侵权行为层出不穷，导致市场秩序混乱，造成的商业损失甚至可能远超商品商标，故服务商标入刑将成为商标侵权有效防治手段。

### 2.2. 世界知识产权保护大趋势

保护服务商标系世界趋势，1984 年美国《假冒商标法》规定使用假冒商标的商品或者服务进行故意的非法买卖，属于违法犯罪；1994 年英国《商标法》规定，若“驰名商标”已有良好信誉，未经授权被用于类似服务，将受到刑法制裁；在我国台湾地区，服务商标与商品商标具有相同刑法地位[7]。我国于 2003 年成为世贸组织成员，根据《与贸易有关的知识产权协定》(下文称“TRIPs 协议”)第 16 条规定，注册商标所有者可在交易期禁止第三人在同一/类似的商品或服务上使用相同/类似的注册标识。“TRIPs 协议”规定，各成员国均须依法追究故意假冒商标的刑事责任，而这一条并不属于普遍允许的保留条款，对服务商标实施刑事保护是世界知识产权保护大趋势。因此，我国将服务商标入刑符合国际法要求的最低保障标准，有利于我国立法与国际接轨。

### 2.3. 法秩序统一原理和法益保护原则的必然要求

法秩序统一原理要求法秩序对公民行为的指引保持一致，由此才能形成规则之治。公民可预测行为后果，上下位法之间不存在矛盾，能进行平等的规范评价[8]。其中，行政法与刑法不应存在规范冲突：无行政违法则无刑事犯罪，前者是后者成立的必要条件。对于商标保护，我国的刑事立法以《商标法》为先决条件。假冒注册商标罪是一种典型的行政犯，既有行政违法又有刑事违法，后者实质上是对注册商标侵权的结果加重犯或情节加重犯。既然在前置法中同等看待商品商标和服务商标，并规定“构成犯罪的，依法追究刑事责任”时，刑法应将二者并列保护，以实现行政法与刑法的有效衔接。

此外，假冒注册商标罪的法益是注册商标的管理制度和专用权。刑法侧重于商标的秩序价值，这种秩序是通过注册制形成的：公权力机关将商标、注册类别、权利人严格的一一对应，落实商标管理。与商品商标一样，服务商标经过注册便享有专用权[9]。假冒商品商标和假冒服务商标行为均实质侵犯商标秩序价值，需进行同等刑事保护。

## 3. 假冒服务注册商标罪的具体适用及解释路径

“修十一”的施行使服务商标的刑法研究重心，从规制必要性转为出入罪标准，包括“同一服务”、“情节严重”判断以及刑民责任界分问题。目前相关司法解释尚未出台，需正确运用刑法解释方法，在打击犯罪的同时，确保服务业发展和创新。笔者通过分析假冒服务注册商标的构成要件，以法秩序统一原理和刑法谦抑性为基本原则，试图为司法适用提供解决路径。

### 3.1. “同一种服务”的判断

服务具有无形性、个性化的特点，不能实体比较。2023 年 1 月 18 日，两高《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释(征求意见稿)》(以下简称“两高征求意见稿”)将“同一服务”分为

两种：服务名称相同，或名称不同但在服务的目的、内容、方式、提供者、对象、场所等方面相同且相关公众一般认为是同种服务的。

参考上述规定，应当从主客观两个角度规范评价“同一服务”：第一，客观上全面审视服务名称、内容和服务对象。以首例服务商标刑事案件为例，检察机关以“物理载体呈现 + 服务内容固定”的对比方式判定。<sup>1</sup>一方面，比较被告人在侵权店铺招牌、室内装饰、授权材料使用的商标；另一方面，从权利人认定、证人证言和被告人供述等方面，对比服务对象和内容。第二，主观上以一般公众为判断视角。考虑到刑法谦抑性以及市场交易自由，“公众”应限缩解释为购买服务的相关消费者，“认识”以消费者一般注意力为基准<sup>[9]</sup>，防止标准过于宽泛。而民法规制的“类似服务”或“相似服务”不属于刑法规制范畴。从文义解释上看，“同一”与“相似”存在本质差异，有违罪刑法定原则；另一方面，从刑法谦抑性角度看，服务商标本身边界模糊，刑事案件更需谨慎，限定为“相同服务”有利于平衡处罚必要性与服务业的创新需求。

### 3.2. 使用行为定性与区分

根据刑法第 213 条罪状表述，假冒注册商标罪规制的是未经注册所有人许可而“使用”的行为。《商标法》第 48 条规定了侵犯“商品商标”的使用方式，即用于商品、商品包装或者容器以及交易文书上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，以鉴别商品出处，但未规定“服务商标”的使用方式。2023 年 1 月 13 日，国家知识产权局关于《中华人民共和国商标法修订草案(征求意见稿)》第 49 条增加服务商标的“使用”方式，即用于服务场所或者与服务有关的载体上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品或者服务来源的行为。

然而，商品商标与服务商标的使用行为并非界限分明，可能存在交叉。经营者提供服务的过程中往往涉及特定商品，如在外卖服务中供应食物商品、在教育服务中提供书本商品。当服务商标载体或者服务结果表现为特定商品时，行为人属于“商品使用”还是“服务使用”，决定了是否真正侵犯了该种商标的专用权。若涉案服务商标被行为人用于“商品使用”，或涉案商品商标被行为人用于“服务使用”，则不符合假冒注册商标罪的构成要件。以田子坊公司诉泛亚集团公司商标侵权案为例，<sup>2</sup>原告持有“田子坊”商品商标(奶茶商品)，被告持有“田子坊”服务商标(餐饮服务)，原告诉称在被告在实际经营及授权经营的奶茶店的店招、店内装潢、饮料单上以及提供外卖服务的饮料包装上“使用”原告商品商标。法院认为，被控侵权行为属于商品商标与服务商标的交叉地带，被告在店内装潢、饮料单、招商广告上使用“田子坊”字样，系为了与其他奶茶或饮品店所提供的服务相区别，并非为了识别饮料商品。且在提供饮品的过程中，杯子是不可或缺的装载工具，而且被告是现做现卖，同时创设休息区、聊天区等环境氛围，符合服务个性化特征，“田子坊”商标在杯子上的“使用”行为，属于服务商标正常使用范畴，系被告合法使用范围内。故法院并未认定被告的使用行为侵犯了原告的商品商标。本案中，若被告的经营模式是事先把奶茶制作好，通过商品展示的方式向消费者销售，这可能就更接近在商品中的使用，则涉嫌侵犯原告权利<sup>[10]</sup>。

综上所述，在店内装潢、广告宣传等方面使用，属于典型的服务使用。在商品上张贴并向外销售则为商品使用。对于“服务使用”与“商品使用”的交叉领域，即将服务商标用于服务用具商品或服务所产生的商品上时，应根据经营运作方式和行为发生场来判定。<sup>3</sup>如果被告人的经营方式是个性化的，先由顾客表达购买意向，而在提供服务时所需的工具，例如饮品所包含的器具等商品，则仍视为服务使用。

<sup>1</sup>上海赤某教育科技有限公司、姚某假冒注册商标案。

<sup>2</sup>上海市第二中级人民法院(2013)沪二中民五(知)初字第 148 号一审民事判决。

<sup>3</sup>北京市丰台区人民法院(2014)丰民初字第 00758 号一审民事判决书。



### 3.3. 定罪标准分析

“两高征求意见稿”对假冒服务注册商标罪的犯罪数额认定仅以“违法所得数额”为准，区别于假冒商品注册商标罪“违法所得数额”与“非法经营数额”择一评价方式。主要原因在于“非法经营数额”，是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中，制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。<sup>4</sup>而服务案件在服务追溯、价值计算等方面较为困难，侵权人可能还提供其他合法的服务品牌或依附于合法购入的商品，该部分业务的经营额度是否应计算在内，又如何与涉案服务区分均存在难题。此外，随着商业流通规模扩大、网络服务业发展迅猛，消费者不需要前往服务提供者经营场所即可享受服务，故不能简单以营业场所产生的营业收入作为“情节严重”的判断依据。

同时，假冒服务商标罪的“违法所得数额”起刑点数额应高于商品商标。首先，日常生活中的服务消费价格普遍高于商品消费。其次，服务所具备的无形、虚化特点，使其在互联网时代，服务的对象更为不确定且具有扩散性，导致服务商标侵权造成的损害更大，故分别设立起刑数额使得罪行均衡，防止犯罪圈过大。

同时，“两高征求意见稿”中规定了“假冒两种以上服务注册商标”入罪的情形，但此处商标的个数应以行政机关颁发的《注册商标证》为基础。对于权利人在同一品牌既注册商品商标，又注册服务商标时，若同时被仿冒，不属于“假冒两种以上”的情形，因为两种商标实际上共同发挥着指示同一来源的作用<sup>[11]</sup>。

### 3.4. 关联罪名适用可能性

“修十一”仅在假冒注册商标罪中增设服务商标，但刑法第 214 条销售假冒注册商标的商品罪以及第 215 条非法制造、销售注册商标标识罪未作任何修改。服务商标能否适用于上述关联罪名存在争议。有观点认为，既然认为假冒商品注册商标和假冒服务注册商标可以同等评价，在其他行为上也不应区别对待，可通过广义上解释将服务商标纳入第 214、215 条，司法实务中更是已有将非法制造、销售“服务商标”行为定罪的案例。<sup>5</sup>

对此，笔者持否定观点，商品和服务是并列的概念，二者互不包含。立法者仅增加假冒行为的犯罪对象，说明其认为该种行为的社会危害性高于其他关联犯罪。“当一部法典业已厘定，就应逐字遵守”，若服务能扩大解释为服务，则第 213 条本身即可通过解释将服务商标入刑，“修十一”单独增设的必要性难以体现，上述扩大解释有违罪刑法定的基本原则。

## 4. 结语

在服务商标入刑的大背景下，法益保护与创新自由的平衡需妥善处理。在明确服务及服务商标的内涵与特征的基础上，刑法解释路径应当充分考虑罪刑法定、法秩序统一等基本原则，规范评价假冒服务注册商标罪的构成要件。

## 参考文献

- [1] 国家知识产权局商标局. 商标注册用商品和服务项目申报指南[EB/OL]. <https://www.nisifenlei.com/>
- [2] 陈耀东. 商标保护范围研究[M]. 天津: 人民出版社, 2003.
- [3] McJohn, S.M. (2003) *Intellectual Property. Examples and Explanations*. Beijing: CITIC Press Group.
- [4] 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, 39(2):

<sup>4</sup>最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(法释〔2004〕19号)第12条。

<sup>5</sup>河南省郑州市中级人民法院(2016)豫01刑初131号一审刑事判决书。

61-69.

- [5] 李双利, 魏大海. 服务商标地域性的司法意义[J]. 人民司法, 2010(23): 80-83.  
<https://doi.org/10.19684/j.cnki.1002-4603.2010.23.016>
- [6] 中央人民政府网. 2022 年国民经济顶住压力再上新台阶[EB/OL].  
[http://www.gov.cn/xinwen/2023-01/17/content\\_5737453.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2023-01/17/content_5737453.htm), 2023-01-17.
- [7] 赵秉志, 田宏杰. 侵犯知识产权犯罪比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
- [8] 马春晓. 法秩序统一性原理与行政犯的不法判断[J]. 华东政法大学学报, 2022, 25(2): 33-45.
- [9] 张耕, 黄国赛. 民刑交叉视角下商标刑事保护边界研究[J]. 知识产权, 2020(12): 40-52.
- [10] 凌宗亮. 商品商标与服务商标的权利边界与侵权判断[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2014, 29(6): 129-133.
- [11] 孙秀丽, 张婷婷, 徐一凡. 《刑法修正案(十一)》背景下的商标犯罪法律适用问题探讨[J]. 经济刑法, 2021(1): 170-177.