

论假冒注册商标罪中“同一种服务”的认定

王加贵

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年8月7日; 录用日期: 2023年8月15日; 发布日期: 2023年11月3日

摘要

受服务无形性的影响, 服务商标具有使用的依附性以及跨类使用的常态性特征, 前特征为“同一种服务”的实质判断提供了一定的判断基准, 后特征虽加大了构成类似服务的可能性但却难以达到刑事犯罪中同种服务的要求。刑事犯罪以服务商标获得注册为法益保护之前提, 刑事犯罪中的“同一种服务”不仅不包含类似服务, 民事侵权当中的同种服务也不能直接等同于刑事犯罪中的同种服务。刑事犯罪中“同一种服务”的认定分两种情形, 服务名称相同时以权利人注册商标证核准使用的服务名称为判断参照对象, 当一种服务存在约定俗成的多种名称时不要求名称完全相同; 服务名称不同时需进行实质判断, 以服务商标的依附载体作为辅助判断, 严格依照“客观标准到主观标准”的顺序梯次进行, 同时满足客观标准与主观标准方能认定构成“同一种服务”。

关键词

假冒注册商标罪, 同一种服务, 服务商标, 刑事犯罪, 民事侵权

On the Determination of “The Same Kind of Service” in the Crime of Counterfeiting Registered Trademarks

Jiagui Wang

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Aug. 7th, 2023; accepted: Aug. 15th, 2023; published: Nov. 3rd, 2023

Abstract

Affected by the intangibility of services, service trademarks have the characteristics of dependence on use and the normality of cross-category use, the former feature provides a certain criterion for the substantive judgment of “the same kind of service”, although the latter feature in-

creates the possibility of forming similar services, it is difficult to meet the requirements of the same kind of service in criminal crimes. Criminal crimes are based on the registration of service trademarks as a prerequisite for the protection of legal interests, “the same kind of service” in criminal crimes does not include similar services, and the same service in civil infringement cannot be directly equivalent to the same service in criminal crimes. The identification of “the same kind of service” in criminal crimes is divided into two situations, when the service name is the same, the service name approved by the right holder’s registered trademark certification is used as the judgment reference object, when a service has a variety of commonly agreed names, the name is not required to be exactly the same; when the service name is different, it is necessary to make a substantive judgment, and the attachment carrier of the service trademark is used as an auxiliary judgment, it is strictly carried out in accordance with the order of “objective standard to subjective standard”, only when both objective and subjective standard are met can “the same kind of service” be recognized.

Keywords

Crime of Counterfeiting Registered Trademarks, The Same Kind of Service, Service Trademark, Criminal Offense, Civil Infringement

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. 问题的提出

2020年颁布的《刑法修正案十一》将服务商标纳入成为假冒注册商标罪的犯罪对象之一，服务商标刑法保护从已然走向未然，使得多年来一直饱受诟病的服务商标刑法保护阙如状态最终得已完善。这不仅顺应了知识产权刑事保护趋严的国际趋势，也意味着我国民、行、刑“由弱到强”“三位一体”分层保护的知识产权法律保护体制更加融洽完备，值得充分肯定。作为构成假冒服务商标犯罪必须先行判断的条件，如果不构成“同一种服务”，那么也就没有入罪的基础。在全国首例假冒服务商标入刑案件中，判决书中对于行为人与权利人所经营服务构成“同一种服务”的论述似乎是一笔带过¹，并没有进行相对细致的论述说明。究其原因，是因为本案中行为人不仅与权利人使用相同的服务名称，而且服务的内容、方式、对象等方面亦是完全相同，如果说存在不同，或许只有收费标准、培训质量方面存在一定差别。从这个角度看，判决书再连篇累牍论述构成“同一种服务”显属多余。但是问题是，并非所有侵犯服务商标犯罪案件中“同一种服务”都像本案中一样如此容易进行判断。尤其是民事侵权与刑事犯罪中判断“同一种服务”的标准是否一致？认定“同一种服务”能否再遵循以往“同一种商品”的认定思路？当服务名称不相同同时又应当如何去认定构成“同一种服务”？具体认定规则又是如何？这一系列的问题都等待去厘清。已有的研究虽然认识到侵犯服务商标犯罪中“同一种服务”存在的认定难题，但是并没有形成良好的解决思路，要么只是建议将来出台的司法解释明确服务商标的认定规则[1]，要么只是笼统论述了“同一种服务”的认定原则，而不具有很好的实践指导意义[2]。正如有学者指出那样，当前学界对于服务商标缺少应有的关注[3]，这种“应有关注的缺少”不仅体现在民事领域，也深深体现在刑事领域。从侵犯知识产权犯罪类罪上来看，2022年全国法院审结一审知识产权刑事案件5000多件[4]，侵犯知识产权刑事案件数量在刑事案件总量中占据高位；再从假冒注册商标罪个罪来看，假冒注册商标罪在

¹ 参见上海市第三中级人民法院(2021)沪03刑初124号刑事判决书。

侵犯知识产权刑事案件中占到了 57.13% [5]。在假冒注册商标罪案件数量持续处于高位的背景下,尤其是服务商标纳入刑法保护后,未来案件数量无疑会进一步增多,助推司法实践妥当定罪量刑无疑离不开刑事理论的有效供应。构成“同一种服务”的判定是假冒服务商标犯罪成立的重要前提条件,缺乏认定“同一种服务”相关的理论支撑,不仅不利于有效打击假冒服务商标犯罪,更不利于刑法服务国家知识产权强国战略大局。因此,本文将首先讨论服务及服务商标具有的特殊性,其次讨论在服务及服务商标的特殊性影响之下,侵犯服务商标刑事犯罪与民事侵权之间的界限,并进一步论述刑事犯罪中认定“同一种服务”的具体路径,以期在刑事司法实践中准确判定构成“同一种服务”提供一定的参考。

2. 服务及服务商标的特殊性

2.1. 服务的无形性

服务的具体定义,现有的相关法律规范未进行明确,且由于服务本身就具有一定的复杂性[6],加之随时代不断发展变化,服务的形式愈发丰富多样,因此服务的具体概念就更加难以界定。根据现代汉语词典的解释,服务是指“为集体(或别人的)利益或为某种事业而工作”[7],再结合日常生活中具体接触的服务形式,例如乐高博士有限公司提供的教育服务,通过面向适龄儿童提供教育培训服务(服务行为),相关适龄儿童能够不同程度的从培训服务中获得想象力、创造力、合作能力等的提高(利益获得),笔者认为服务的本质就是为了他人的一定利益所为的行为。服务的准确认定要具体把握两个点:一是从服务对象上来看,服务是为他人而不为服务提供者自身;二是从服务结果上来看,服务行为能够为他人带来一定的利益。服务的无形性就主要体现在服务提供之前,服务既不能被服务对象感知到和触碰到,在服务提供之后,服务的质量优劣只能依靠服务对象进行自我感知评判,相对于具象的商品能在各个阶段被消费者所感知触碰而言,服务的无形性表现得尤为明显。

此外,值得注意的是,在某些服务活动中,还包含着附属于主要服务的辅助行为,辅助行为也应当认定为属于服务行为。例如消费者购买了乐高博士有限公司的三岁适龄儿童阶段的“小小爱因斯坦课程”服务,服务行为除了主要的课程教学活动,对于课程之外的,消费者在日常家庭中遇到的积木模型搭建问题的咨询服务这一辅助行为也属于服务行为。

2.2. 服务商标使用的依附性

服务商标,是指提供服务的经营者,为将自己提供的服务与他人提供的服务相区别而使用的标志[8]。前文已述,服务具有无形性,注册服务商标的标志虽然是有形的,但是有形的服务商标标志亦无法附着在无形的服务之上。因此对于服务提供者而言,为了充分发挥服务商标的指示服务来源、保证服务质量以及广告宣传的功能,服务商标只能依附在与服务相关的若干载体之上[3]。由此带来的问题便是,当服务提供最终产生的结果是一种商品时,即此时服务商标依附的载体实际上就是一种明确标明服务商标的商品,服务提供行为会与他人的商品构成相同或类似[9],但是在这种情况下,可能构成民事侵权,但是没有刑事入罪的基础,原因在于,一个是服务提供行为,另一个却是商品提供行为,无法达致构成“同一种服务或者商品”的前提要求。此外,虽然依附载体与服务行为不能直接等同,但是由于服务是一种抽象的行为,而依附载体却是有形的,当服务行为终止后依附载体却可能依然存在。换言之,服务行为与服务载体具有可分离性[10]。服务载体的有形也为当服务名称不同时实质判定构成“同一种服务”提供了一定的参考。

2.3. 服务商标跨类使用的常态性

由于服务商标无法附着在无形的服务之上,需要借助依附于商品或者其他具体的媒介以实现区分服

务来源之功能。由此而来就会导致的问题是，服务商标无法像商品商标一样与核准使用的商品范围一一对应，其实际使用的范围往往由于其依附载体而超过注册核准使用的范围。这一点从典型的非诚勿扰案中便可管窥，被告江苏卫视“非诚勿扰”服务商标核定服务项目为第38类电视文娱节目，但是原告金阿欢认为被告的节目在实质上与自己的注册服务商标“非诚勿扰”，即核定在第45类下的婚介服务构成“同一种服务”，构成侵权²。如果严格按照《类似商品和服务区分表》形式标准来认定，结果显而易见，电视文娱节目服务和婚介服务二者明显不构成同一服务。但是问题是，电视文娱节目又包含着更加具体的二级节目服务形式，例如围绕“非诚勿扰”展开可能有婚姻爱情相关的牵线搭桥的节目形式，还可能与艺术品相关的古董拍卖的节目形式，甚至还可能有与人物事迹相关的故事讲述的节目形式，因此本案中被告无论是采用上述哪一种更加具体的节目服务形式，就其实质内容来看，都有很大可能与其他类别的服务形成相似。质言之，服务商标在实际使用过程中无可回避的会跨类使用到其他服务或者商品中去，本案中恰恰就是发生了这种情况。正是基于此，再审最终认定江苏卫视不构成侵权。在大数据赋能，数字经济与实体经济相融交织的新时代背景之下，服务商标的跨类使用表现得愈加频繁，传统商业模式下可能属于“不同类别”的服务商标，由于广告载体的趋同，加大了构成类似服务的可能性[11]。

3. 刑事犯罪与民事侵权中认定“同一种服务”的标准界分

3.1. 刑事犯罪以服务商标获得注册为法益保护之前提

首先，从假冒注册商标罪的罪状表述来看。假冒注册商标罪在罪状表述中采用了“未经注册商标人许可”“使用与其注册商标”的表述，为何在字字珠玑的刑法中前后重复使用了“注册商标”而不直接使用“商标”的表述。在笔者看来，这并不是由于立法水平和立法技术的原因，除了为了与前置法《商标法》保持一致外，更重要的原因就在于立法者欲通过文字表明刑法仅以保护通过核准注册的商标为限。原因如下，第一，从本罪保护客体来看，本罪的保护客体是复杂客体，即国家对商标的管理制度和他人注册商标的专用权[12]，主要客体是国家对于商标的管理制度，以此来维护国家商标注册制度的公信力和权威性，未获得核准注册商标不属于刑法调整范围。第二，实践中商标既有注册商标，又有未注册商标，例如我国对驰名商标的保护并没有采取行政注册制，而是采取了“司法按需认定”的原则进行保护。刑罚的严厉性决定了刑法的调整范围只能是局限于其他法律不能调整的行为[13]。换言之，对于侵犯未注册商标或者驰名商标的行为适用民事法律调整即可，无须动用最严厉的刑法进行调整。

其次，从假冒注册商标罪的司法适用来看，在服务商标正式纳入刑法保护之前，尽管以张明楷教授为代表的众多学者主张通过释法将服务商标作为假冒注册商标罪的犯罪对象之一[14]，但是在以往的司法实践中，仅有的一例假冒服务商标犯罪案件中最终以检察院撤诉结案[15]。实务部门对于本罪罪名适用的谨慎态度是值得称赞的，同时也有力说明了以往将本罪犯罪对象扩大解释至服务商标，尽管针对服务商标侵权行为的社会危害性有必要动用刑法来维护权利人合法权益[16]，但是这不可避免会突破罪刑法定原则，因而不具有更深层次的刑法正当性。对于本罪中“注册商标”的理解与适用也应当保持此种谨慎态度，严格恪守罪刑法定的要求，以服务商标获得注册为法益保护之前提。综上所述，不同于民事领域中还对于未注册的驰名商标、未注册普通商标以及未注册的被代表人商标进行保护[17]，刑事犯罪中仅以保护获得核准注册的商标为限。

3.2. 刑事标准明显严于民事标准：“同一种服务”不包含类似服务

假冒注册商标犯罪中的入罪标准采用与商标侵权相同的判断标准的观点已被学者们所摒弃，刑事标准应当严于民事标准逐渐成为学界的主流观点[18]。在服务商标纳入刑法保护之前，相关研究也主要集中

² 参见广东省高级人民法院(2016)粤民再447号民事判决书。

在对于“同一种商品”的民、刑认定标准的界分，并继而指出刑事和民事中认定标准存在不同，民法中是指同一类商品，刑法中只指同一种商品[19]。但是问题是，在服务商标叠加了不同于商品商标的特殊性后，上述界分标准是否可以适用于对“同一种服务”的认定。换言之，需要结合服务商标特殊性重新探寻刑事与民事之间“同一种服务”判断标准的程度界限。首先，在民事侵权中，根据《商标法》第57条的规定，民事商标侵权中既包括相同服务，也包括类似服务。根据国家知识产权局发布的《商标侵权判断标准》，“同一种服务”具体是指涉嫌侵权人实际提供的服务名称与他人注册商标核定使用的服务名称相同的服务，或者二者服务名称不同但在服务的目的、内容、方式、提供者、对象、场所等方面相同或者基本相同，相关公众一般认为是同种服务的。其次，在刑事犯罪中，根据《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《刑事解释(意见)》)，“同一种服务”是指服务名称相同，或者服务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。通过对比民、刑的具体规定可以得出。第一，民事侵权当中“同一种服务”包含相同服务和类似服务，而刑事犯罪当中的“同一种服务”仅仅包含相同服务，范围更窄。服务商标跨类使用的常态性虽然加大了构成类似服务的可能性但是却难以达到刑事犯罪中同种服务的要求。第二，即使是相同服务的认定，当名称不同时，民事侵权当中只需要二者在服务的目的、内容、方式等方面相同或者基本相同即可，而刑事犯罪当中则必须要求相同而不是基本相同，程度更高。换言之，民事侵权中如果二者不构成相同服务，仍有可能构成类似服务，也可判定构成侵权。第三，就其条文表述来看，《刑事解释(意见)》中将“相同”和“相关公众”之间采用了“且”作为连接词，不同于《商标侵权判断标准》中采用“逗号”隔开的表述。前者显然更加强调“主观上：服务相同”与“客观上：相关公众误认”之间的并列关系，即要求主观、客观二者同时被满足方可构成刑事犯罪中的“同一种服务”；后者则在一定程度上更重视客观上造成相关公众误认的结果。

3.3. 刑事犯罪中“同一种服务”的认定要尤其保持刑法谦抑性

首先，商标法追求的是某个标记的识别力，目的在于保护商标权利人的投资与信用，促进产业发达和维护相关公众利益[20]。概言之，商标权的本质其实是一种权利人在社会主义市场经济中的竞争工具，最终目的就是将商标与自身提供的服务或者商品强有力的联系在一起，使消费者能够识别并购买自身的产品。正是因此，经过长期使用，积累了良好口碑，具有极强辨识度的商标所指向的商品或服务在市场中更容易获得消费者的选择。商标的指向性作用为权利人经济利润的产生发挥了巨大作用，商标在无形中也成为了权利人财产权的重要组成部分。因此从这个角度来说，假冒服务商标的行为在很大程度上就是一种侵犯权利人财产权的行为。还需要指出的是，假冒服务商标只是一种形式，形式之外，还要求行为人需要具有实质服务内容，并且其提供的服务要与权利人提供服务达到相同程度才能有效发挥“假冒商标”的指向性作用。在这种情形下，普通消费者一般难以辨别服务的真伪，如在前述假冒乐高服务商标案中，众多受害人之所以直到该“乐高教育中心”被公安机关查封才认识到赤紫公司提供的服务是假冒的，正是因为“该‘乐高教育中心’的师资和教育力量有一定保障”，导致被害人对于接受的服务为“假冒”的认知敏感度不强。综上，假冒服务商标行为对于公众造成的损害程度是比较低的，主要是侵害了权利人的财产利益。对于这样一种行为，应当坚持的基本原则是民事救济和行政救济优先。

其次，从服务商标入刑过程来看，在经过了解释论、修正论之间二十多年的论争之后，2020年的《刑法修正案十一》最终才将服务商标纳入刑法保护，这不仅仅是顺应当今社会服务产业繁荣发展的时代之变，更是深刻体现了刑事立法的谦抑性考量。然而入罪之后不意味着涉及服务商标犯罪已经不需要进行谦抑性考量，刑事司法活动中更需要贯彻谦抑性原则，以此来实现刑法调整与民法、行政法乃至其他非法律手段的联动和统一[21]。具体而言，在判断构成“同一种服务”存在模糊时，此时就要充分按照“存

疑有利被告人”原则，不认定为构成“同一种服务”，以防止刑法对前置法领域的过度介入和干预。

4. 刑事犯罪中认定“同一种服务”的具体路径

在已经明确了“同一种服务”刑事标准与民事标准之间的界限后，便需要进一步判断究竟在什么情形下构成刑事标准下的“同一种服务”。虽然《刑事解释(意见)》对于“同一种服务”的认定规则做了规定，但是总体而言，该规定仍然较为抽象，例如服务名称相同是否要求完全一致、服务的目的和内容等如何具体衡量、相关公众的具体范围是什么等等问题。如上文所述，假冒服务商标犯罪尤其需要保持刑法谦抑性，这些问题需要进一步进行探讨予以明确。

4.1. 服务名称相同的判断

首先，严格以权利人注册商标证中核准使用的服务名称为判断参照标准。如前所述，刑事犯罪以商标获得注册为法益保护之前提，证明服务商标已经取得注册的直观证据就是国家知识产权局核发的商标注册证。商标注册证中实际载明了权利人的注册服务商标的具体名称以及核准使用的服务范围，因此以权利人注册商标证中核准使用的服务名称为参照具有一定的直观性与客观性。在以往的“同一种商品”认定中，有学者认为应当以《类似商品和服务区分表》作为“名称相同”的判断依据[22]，但是应当指出的是，《类似商品和服务区分表》只是作为辅助商标审查人员进行商标审查以及申请人等进行商标类别区分的参考，虽然可以将区分表作为判断的参考依据，但不能将其作为唯一依据[23]。并且由于在实际核定使用的商品或者服务名称中可能还包括未在区分表中列出但在商标注册中接受的商品或者服务名称的情形，因而导致最终被核准的商品或者服务名称可能会与《类似商品和服务区分表》存在差别。刑事判断需要遵循确定性的原则，商标注册证是权利人拥有注册商标专用权的权利凭证，其实际载明的服务名称方具有确定性，符合刑事判断之基本要求。

其次，当一种服务本身就存在着多种名称但是实际却是指向“同一种服务”时，也应当直接认定为“同一种服务”。例如在第 674 号刑事指导案例中，孙国强等假冒注册商标生产的商品名称为“水饺、汤圆”，与“思念”牌注册商标权利人核准使用的商品“饺子、元宵”之间虽然名称不同，但是其实只是由于南北方风俗习惯的差异，导致叫法不同，二者实际指向的就是同一种事物，应当认定为“同一种商品”。“同一种服务”中亦应当遵循这样的规则，除了“饺子、水饺”等为公众所熟知，不同叫法都是民间早已约定俗成的类型外，如果判断此种类型之外的其他商品或者服务构成相同，则需要依据商品或者服务名称不相同时的标准进行实质判断。最后，由于服务商标跨类使用的必然性因而可能与他人提供的服务名称相同，但是前文已述，其并不当然构成民事侵权，更难以达到刑事犯罪的要求。在法秩序统一原理的视角下，民事侵权和刑事犯罪由于分别位于不同法域规范，二者之间的内在逻辑为：不构成商标侵权的行为一定不构成商标犯罪行为[24]。

事实上，名称相同的“同一种服务”在司法实践中并不存在太大的认定难度，服务名称相同的，一般可以直接认定为构成“同一种服务”，如在假冒乐高服务商标案件中就得到了良好的体现。因此，判断“同一种服务”的难点就在于当服务名称不同时，如何去认定构成“同一种服务”。

4.2. 服务名称不相同的判断

根据前述司法解释，服务名称不相同同时认定构成“同一种服务”要满足以下两个方面的条件。一是服务的目的、内容、方式、提供者、对象、场所等方面相同，二是相关公众一般认为是同种服务的。换言之，二者不仅提供的服务在客观上呈现出来的目的、内容、方式、提供者、对象、场所等要相同，而且主观上还要导致一般公众误认是“同一种服务”。前者可以称之为客观标准，后者可以称之为主观标

准[25]。成立刑事标准下的“同一种服务”，需要同时满足客观标准和主观标准。

4.2.1. 对于客观标准的判断

由于服务具有的无形性，不像在“同一种商品”的判断中能够将实际的权利人商品与侵权商品放置在同一时空下进行比较判断，客观标准判断难度较大。但是，如前所述，服务商标使用依附载体的有形也为当服务名称不相同判定构成“同一种服务”提供了一定的参考。因而，对于客观标准的判断便可依托于服务商标的依附载体进行具体判断。再以假冒乐高服务商标案件为例，赤紫公司在服务提供过程中产生的招生宣传单、乐高课程介绍册、学生课程报名表、课程收费银行流水、商场指示牌等等，这些服务载体都可以实际证明赤紫公司提供的服务与权利人的服务之间在目的、内容、方式、提供者、对象等方面相同。同时需要指出的是，假冒服务商标之下的服务提供价格会相对低于权利人实际提供的价格，因而导致实际购买服务的消费者群体也会存在一定程度的差异。如赤紫公司所提供的课程费用与权利人提供课程相比就较低，但是这是由于假冒服务商标行为为加大其本身竞争力从而更好逐利所客观上决定的，不能因此就认为二者不符合客观标准。最后，在客观标准的判断中，还可以借鉴民事侵权中的技术调查官制度，当服务内容、方式等方面判断难度较大时，司法机关可以聘请具有相关知识的专业技术调查官开展调查，为案件办理提供技术支撑[26]，在参考技术调查官的调查意见后，综合作出判断。

4.2.2. 对于主观标准的判断

《刑事解释(意见)》中对主观标准中“相关公众”的设置实际上与服务商标入刑前判断“同一种商品”的标准保持了一致。从已有的研究成果来看，当前学界对于主观标准中“相关公众”的讨论存在以下三种观点。一是认为相关公众不仅包括消费者，还包括经销渠道涉及的生产经营者[27]。二是认为可以通过树立相关公众混淆度的调查制度来解决主观标准的判断问题，法院根据相关机构的调查结果进行实质判断[28]。三是认为应当将相关公众限定在购买服务的普通消费者[29] [30]。第一种观点实际上是采取了对驰名商标保护的判断方法，扩大了相关公众的范围，没有考虑到消费者和渠道生产经营者认识水平之间的差异，会导致实际判断存在较大差异，最终加大主观标准的证明难度。第二种观点虽然具有一定的科学性，但是实际上回避了相关公众的界定问题。总体而言，第三种观点是具有一定合理性的，因为从商品或者服务提供来看，面向的对象都是消费者，最终也依赖于消费者的识别和购买才能最终获得经济利润。渠道的生产者和经营者虽然与服务提供相关，但是并不是服务的主要接收者，且其对于辨别服务真伪的认知水平本身就高于普通消费者，实际受到误认的可能性会低于普通消费者。由于刑事认定犯罪的证明标准是排除合理怀疑，不同于民事领域的优势证明原则[31]，因此在界定了相关公众为普通消费者后，就需要进一步探究普通消费者“一般认为是同种服务”的程度标准。尽管《商标侵权判断标准》和《刑事解释(意见)》对主观标准的规定保持了一致，但是刑事犯罪中的“一般认为”应当作高于民事侵权当中的“一般认为”进行理解。主观标准实际上是客观标准下而产生的一种结果，作为一种结果，体现在刑事犯罪排除合理怀疑下的“一般认为”指代的是产生了普通消费者误认的必然性，而民事侵权中则仍然只是产生普通消费者误认的高度盖然性。综上，判断主观标准就是判断普通消费者是否已经产生误认的必然性之事实。但是这一限定后的判断标准在实践中仍然具有较大判断难度，对上述事实的判断还需要依托一定的载体来进行辅助判断。具体而言，司法机关可以结合消费者的实际消费情况进行综合判断。第一，当行为人在线下提供服务时，可以通过店铺内的客流量、成交量等进行综合判断。第二，当行为人在线上提供服务时，可以通过消费者对服务提供网站(平台)的点击率、服务提供订单、服务提供者与消费者之间的聊天记录等进行综合判断。例如线上服务中服务提供者与消费者之间关于服务内容、方式等的聊天记录，通过双方交流的文字信息具体判断消费者是否产生误认具有一定的直观性和客观性。值得注意的是，如果服务提供者在服务提供过程中已经向消费者明示自身提供服务为假冒权利人之服务，消

费者仍然购买服务的情形，不能认定成立主观标准。

4.2.3. 客观标准与主观标准的判断顺序

虽然导致普通消费者误认为“同一种服务”是客观标准之下产生的结果，但是不意味着可以直接跳过客观标准这一判断阶段，通过判断主观标准之下普通消费者产生了误认的事实，凭此就直接认为构成“同一种服务”。换言之，客观标准是依据主观标准进行判断的前提，客观标准不存在，则很难成立主观标准。实务部门进行司法判断过程中，需要遵循先客观再主观的判断标准，在判断二者服务在目的、内容、方式、提供者、对象、场所等方面相同后，再进一步判断成立主观标准，否则会导致凭借主观入罪。

5. 结语

不同于商品商标，受服务的无形性的影响，服务商标具有使用的依附性，以及跨类使用的常态性特征，前特征为“同一种服务”的实质判断提供了一定的判断基准，后特征虽然加大了构成类似服务的可能性但是却难以达到刑事犯罪中同种服务的要求。在认定“同一种服务”时，还应当特别注意刑事犯罪与民事侵权之间的区别，刑法对作为前置法的民法既具有一定的从属性，又具有一定的独立性^[32]。这种独立性就体现在刑事标准要明显严于民事标准，即刑事犯罪不但以服务商标获得注册为法益保护之前提，而且刑事犯罪中的“同一种服务”不仅不包含类似服务，民事侵权当中的同种服务也不能直接等同于刑事犯罪中的同种服务。还需指出的是，服务商标纳入刑法保护不意味着谦抑性考量的终结，刑事司法认定尤其需要进行谦抑性考量。刑事犯罪中“同一种服务”的具体认定需要分两种情况进行。一是当服务名称相同时，应当严格以权利人注册商标证核准使用的服务名称为参照对象判断二者名称是否相同，当一种服务存在约定俗成的多种名称时不要求名称完全相同。服务商标跨类使用下造成的名称相同的类似服务由于不一定构成民事侵权，因此也更难以达到刑事犯罪之要求。二是当服务名称不同时，需要进一步进行实质判断。实务部门可以充分利用服务过程中使用的依附载体作为辅助进行判断。实质判断需要严格依照“客观标准到主观标准”的顺序梯次进行，在同时满足客观标准与主观标准之后方能予以认定构成“同一种服务”。

参考文献

- [1] 天津市人民检察院第二分院课题组. 侵犯注册商标犯罪司法适用的完善路径[J]. 天津法学, 2022, 38(3): 72-80.
- [2] 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): 61-69.
- [3] 张今. 服务商标之使用和保护的特殊性研究[J]. 法学杂志, 2021, 42(6): 1-10.
- [4] 乔文心. 《中国打击侵权假冒工作年度报告(2022)》发布[N]. 人民法院报, 2023-04-07(004).
- [5] 高文律师事务所刑辩与合规中心. 2022年中国知识产权刑事案件研究报告[EB/OL]. <https://mp.weixin.qq.com/s/pKgtHFZEfK7f1fjso0GuUQ>, 2023-08-06.
- [6] 冯晓青. 服务商标及其法律保护[J]. 中华商标, 1997(3): 43-44.
- [7] 在线新华词典. “服务”释义[EB/OL]. <https://www.ziqqq.com/cidian/MjIwNDgz.html>, 2023-08-06.
- [8] 王莲峰. 商标法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2019: 5.
- [9] 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.
- [10] 孙艳, 陈一龙. 服务商标侵权判定中应正确区分服务标识载体和服务行为[J]. 中华商标, 2018(1): 68-69.
- [11] 李小武. 服务商标保护的的特殊性——兼评《非诚勿扰》商标侵权案[J]. 电子知识产权, 2017(10): 29-37.
- [12] 马克昌, 主编. 刑法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2012: 420.
- [13] 陈忠林, 陈可倩. 关于知识产权刑法保护的几个问题[J]. 中国刑事法杂志, 2007(3): 14-18.

-
- [14] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 819.
- [15] 杨靖军, 鲁统民. 假冒服务性商标不构成假冒注册商标罪[J]. 人民司法, 2008(8): 54-56.
- [16] 周洁. 服务商标侵权行为的入罪考量[J]. 知识产权, 2015(7): 35-40.
- [17] 王太平. 我国未注册商标保护制度的体系化解释[J]. 法学, 2018, 44(8): 135-150.
- [18] 周洁. 无实际被假冒对象的销售假冒注册商标商品行为不宜入罪——以“梅兰日兰”商标案为例[J]. 知识产权, 2016(2): 51-55.
- [19] 吴敏. 对假冒注册商标罪中“同一种商品”的认定[J]. 中国检察官, 2016, 254(20): 52-54.
- [20] 参见李扬: 《知识产权法基本原理》, 中国社会科学出版社, 2010: 714.
- [21] 雷山漫, 林亚刚. 论知识产权刑法保护的基本原则[J]. 法学杂志, 2013, 34(10): 77-83.
- [22] 李振林. 假冒注册商标罪之“同一种商品”认定[J]. 法律适用, 2015(7): 65-70.
- [23] 孔祥俊. 商标与不正当竞争法: 原理和判例[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 211.
- [24] 邱润根. 商标案件刑民交叉责任的界分步骤[J]. 政治与法律, 2021(10): 54-64.
- [25] 郑志. 民刑交叉视角下的假冒注册商标罪客观要件研究[J]. 知识产权, 2020(5): 74-80.
- [26] 龙岗区人民检察院. 龙岗检察院办理的电子化商标侵权案生效[EB/OL]. http://www.lg.gov.cn/bmzz/rmjcy/xxgk/qt/gzdt/content/post_10440081.html, 2023-08-06.
- [27] 肖中华, 涂龙科. 对假冒注册商标罪规定中“相同”的理解[J]. 人民检察, 2005(17): 22-25.
- [28] 涂龙科. 假冒注册商标罪的司法疑难与理论解答[J]. 政治与法律, 2014(10): 55-61.
- [29] 贺晨霞. 论假冒注册商标罪中“基本无差别”商标的认定[J]. 知识产权, 2022(2): 86-107.
- [30] 童伟华, 丛星. “商标碰瓷”行为的刑法学思考——以互联网恶意投诉为分析对象[J]. 法学论坛, 2023, 38(2): 151-160.
- [31] 汪东升. 论侵犯商业秘密罪的立法扩张与限缩解释[J]. 知识产权, 2021(9): 41-55.
- [32] 陈兴良. 民法对刑法的影响与刑法对民法的回应[J]. 法商研究, 2021, 38(2): 26-43.