

假冒注册商标罪中“同一种商品”的认定难点与破解

吴雪松, 王洪友

西南科技大学法学院, 四川 绵阳

收稿日期: 2023年10月10日; 录用日期: 2023年11月30日; 发布日期: 2023年12月8日

摘要

随着市场经济的飞速发展, 在以市场经济为主导的当下, 商标犯罪案件日益增长, 通过对比商标犯罪在商标侵权中的相同因素。对商标犯罪的特色问题“同一种商品”进行了讨论并将“同一种商品”在学术上的争议并与“包含叫法不同实质相同事物”进行对比。面对“包含叫法不同实质相同事物”问题时, 商标犯罪的概念判定上首先应该坚持查看对照分类表是否有详细的区分, 其次出现实质相同名称不同的情况, 根据相关公众是否认为属于同一种商品进行判别, 最后对于“名称不同但本质是更高的概念”, 根据已经更新分类表相关分类, 要根据最新司法解释和实际情况进行判别。

关键词

假冒注册商标罪, “同一种商品”认定, 商标犯罪, 相同商标, 未经许可使用

Difficulties and Cracks in the Determination of “the Same Commodity” in the Crime of Counterfeiting Registered Trademarks

Xuesong Wu, Hongyou Wang

School of Law, Southwest University of Science and Technology, Mianyang Sichuan

Received: Oct. 10th, 2023; accepted: Nov. 30th, 2023; published: Dec. 8th, 2023

Abstract

With the rapid development of the market economy, there is no doubt about the importance of intellectual property rights for enterprises. In the era dominated by market economy, the cases of

trademark crime are increasing, by comparing the same factors of trademark crime in trademark infringement. The characteristic problem of trademark crime “the same goods” is discussed. The academic controversy over “the same kind of goods” is introduced and compared with “the same thing with different names”. As for the specific issue of “containing things with different names and essentially the same thing”, the conceptual determination of trademark crime should be insisted on first checking whether there is a detailed distinction against the classification table, and then determining it according to the actual situation, and for the issue of “different names but essentially higher concepts”, it should be determined according to the actual situation should be determined according to the actual situation.

Keywords

Counterfeiting of Registered Trademarks, Determination of “Same Goods”, Trademark Offences, Identical Trademarks, Unauthorized Use

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. “同一种商品”问题之显现

随着商业社会不断发展与成熟,人们对商标价值逐渐认可与企业对于品牌意识不断增强,来源于“不劳而获”“食人肥己”等的利益诱惑下,欲通过“搭便车”的行为,对知名商标进行假冒谋取不正当的利益。在1979年中华人民共和国就颁布了第一部刑法,假冒商标罪已列在其中,其目的就是为了最大程度减少和预防打击假冒行为。随后《商标法》获得通过并于1982年颁布,以及相关的法律规定进行了不断修改和补充,然而假冒商标的情况花样频出。对于伪造注册商标的犯罪要素,不同的主体可能会提出不同的看法,其直接的结果就是学界对假冒注册商标罪各构成要件的理解也存在不同的看法进而发生争议。与此同时,在实践中假冒注册商标和商标侵权问题的犯罪之间的判断差异很大,法院判定不同也屡见不鲜。近年来发生的多起假冒注册商标案件均引起了司法界热议,例如全网直播审判的假冒“STIHL”商标的锯链一案”均体现了我国对于此方面的重视以及现今假冒现象的猖獗。纵观近年的商标类犯罪案件,假冒注册商标罪已然成为了受到侵犯知识产权案件中数量最为庞大,影响最为危害严重的一类案件。当前,我国市场经济中假冒注册商标的案件频发,几乎所有类型的日常生活用品都出现了假冒的影子。从中国法院知识产权司法保护状况上可以得到近年知识产权刑事案件的数量上升趋势,如表1¹。

Table 1. Situation related to criminal first instance cases of intellectual property rights in 2018

表 1. 2018 年知识产权刑事一审案件相关情况

	2018 年	2019 年	同比上升率
知识产权刑事一审案件	4319 件	5242 件	21.37%
侵犯注册商标类	4117 件	4982 件	21.01%
销售假冒注册商标	1724 件	2279 件	32.19%

假冒注册商标的案件愈演愈烈,方式愈来愈新奇。结合此表再从我国目前的司法实践状况来看,我国的商标犯罪主要特点:从商标犯罪的数量和对象分析,每年数量不断增加,随着物流的高度发达以及

¹ 中国法院知识产权司法保护状况 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_7083604 [最后访问 2023.10.9]。

互联网的影响, 每年的增长率也不断上升, 而其中重灾区便是各种驰名商标、高档奢侈品。从犯罪的技术角度出发, 从以往的小生产作坊到现在成群的工厂式假冒, 犯罪规模增加的同时犯罪技术水平也不断上升, 从外到内, 成熟的假冒供应链, 一件假冒产品从制作到售卖有完整的一条龙体系。在假冒注册商标罪中关于何种商品属于“同一种商品”的认定随着案件数量的增加, 司法认定上的争议也越来越多, 针对这方面的问题, 无论是政府的立法机构还是民间学者都提出了许多宝贵的意见和不同的观点, 对于这些观点没有一个绝对的标准。本论文研究的内容均是曾在司法实践中引起巨大争议的疑难问题。鉴于传统的假冒注册商标罪中对“商品商标”的适用实践已经形成较为完整的认定标准和处理规范[1], 实践中假冒一个或多个商标案件判断较为容易, 但在法院面对没有进行规定的一些物件或者已经规定但是并不属于同一类目的商品时, 判断行为人是否是“同一种商品”的认定尚未形成稳定的裁判观点, 故下文拟通过对司法实践真实遇到的疑难案件进行深入剖析、总结归纳, 希望能为司法实践认定假冒注册商标罪提出一个清晰、合理、可执行的标准, 贯彻法律的统一性以期在未来面对同样难题时可以轻松处理此类问题。

2. “同一种商品”认定之困境

如何区别“同一种商品”在刑法学界一直存在争议。各种观点眼花缭乱, 最为经典的两大主流观点便是“主观说”和“客观说”。简单概述两种观点, “主观说”认为“同一种商品”的唯一标准是通过相关普通消费者对商品的主观认识作为判断, 也就是一件商品如果对于交易相对方而言它同时存在多个同义昵称。例如空心菜有的地方叫做藤菜、蕹菜等, 但内心不约而同的都认定为一种物品的情况。而“客观说”则更侧重于参照已颁布的权威文件或者我国声明保留以外的相关国际协定, 例如尼斯联盟所协定的《商标注册用商品和服务国际分类》(下文称尼斯分类表), 我国 1994 年 8 月加入后, 也属于客观说中的权威文件。区分不同类别的商品是《尼斯分类表》最重要的功能之一, 所以客观说主张应严格按照《尼斯分类表》来区分不同商品[2]。只要涉案二项商品均处于《尼斯分类表》的同一种类目下, 则无论其型号、规格等如何, 均应当认定为“同一种商品”[3]。通过这里我们可以发现, 持“主观说”的论者认为判断是否属于“同一种商品”应当依附于相关公众对商品的认知。但问题是每个人对于事物都存在自己独特的不同看法或者在不同地区因口音、风俗等历史因素也会产生较大的差异。“同一种商品”若采取“主观说”作为标准, 则会带有较大的主观性、不确定性, 在法院实务审判中常常出现判决不一致等问题。曾经在较长的一段时间内都困扰着我国的司法工作, 国家为统一认识标准, 发布了《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》(下文称若干意见), 对此现象进行了阐释即“同一种商品”的范围不仅包括名称相同的商品, 部分名称不同但若指代的是同一事物, 亦应该包含在内。可以发现《若干意见》采纳了客观说的观点同时也兼并了部分主观说的主张。

但对于“同一种商品”认定问题, 在实务审判中仍具争议。以缪某假冒注册商标案为例: 在 2011 年 8 月份, 缪某开了一间网店出售卡迪娅、爱马仕的项链和手镯等饰品, 但这些都是他低价从小作坊进货然后冒充正品进行售卖。从 2011 年 8 月到 2012 年 6 月期间, 销售额达到了 24 万之多。2012 年 6 月 8 日, 缪某被当地警方抓获并查获假冒饰品数百件, 经过鉴定均是爱马仕和卡迪娅的盗版饰品。公诉机关以缪某构成假冒注册商标罪同时犯罪金额巨大为由提起诉讼。一开始缪某对其销售行为予以确认, 但是他以不知道这是盗版也没有证据证明是盗版为理由进行抗辩。法院一审认为缪某违反了刑法售卖假冒的卡迪娅和爱马仕商品同时销售金额巨大, 判处缪某有期徒刑两年六个月并处罚金三万²。缪某不服提起上诉。他认为他售卖的卡迪娅戒指和耳环商品并不属于卡迪娅注册核定使用的范围, 卡迪娅品牌核定注册的范围中并没有耳环、戒指等, 所以缪某认为她并不构成销售假冒注册商标的商品罪。然而二审法院驳

²一审案号: 杨浦区法院(2012)杨刑(知)初字第 78 号。

回了上诉维持了原判³。虽然二审法院查明了卡迪亚商标核定使用的范围确实不包括耳环和戒指,但其中包含了“小件饰物”,所以法院根据《若干意见》第五条的规定将耳环戒指认定成了“小件饰物”。虽然耳环和戒指没有被包含其中,但是日常生活中人们会将耳环和戒指等饰品都认为是“小件饰物”,由此得出缪某构成了销售假冒注册商标的商品罪。从这个案子便体现出了“同一种商品”在司法案件中的问题。法院直接认定缪某构成了假冒注册商标的商品罪并没有对商标核定使用的商品进行仔细的核查。现今的法院判案过分重视犯罪销售金额,忽视了涉案商品是否是“同一种商品”成了一种常态。要知道“同一种商品”不仅是假冒注册商标罪的构成要件而且也是前提条件。

首先,“同一种商品”的认定没有得到司法实践的应有重视。根据刑法相关规定是否在“同一种商品”上使用相同的商标、销售金额是构成销售假冒注册商标商品罪的重要条件^[4]。在现实中“同一种商品”认定却没有得到重视,反而过分的去研究犯罪涉案金额是否满足。判决书中也没有对涉案商标的核定范围进行查明记载,如本案中法院就直接认定了缪某构成了假冒注册商标罪并没有对“小件饰物”为何就可以认定是戒指耳环进行充分说明,有的法院却认为这不属于“小件饰物”有的认定,就造成了判决差异,不仅不利于司法的公正也影响了人们对法律的认识。

其次,刑法中出现的“同一种商品”在民法中也有“类似商品”等理论,如何区分也成为了一个难题。在刑法相关解释中被认定为“同一种商品”然而在民法相关条例中却是相似商品⁴。刑法认定条件本应该更为严格,在这一点上反而本末倒置,变得比民法还要宽松。刑事犯罪与民事侵权中的认定标准应该如何协调为好呢?

3. “同一种商品”案例焦点之析

销售假冒注册商标商品罪在客观方面表现为当事人明知是假冒注册商标的商品而故意去销售,同时满足犯罪金额大才能认定为犯罪。也就是说被假冒的商品必须是和核定注册的商标范围同一。因此,定罪与否的关键在于是否属于“同一种商品”判断。诚然,在司法实践中,对于“同一种商品”的认定并没有得到相应的重视,从某种意义上来说,对于销售假冒注册商标的商品罪认定起到了阻碍作用。前文的案例就是一个经典的例子,缪某认为自己没有销售注册商标核定的商品,并且卡迪亚注册的商标确实也没有包含戒指和耳环所以提出了以此为理由的上诉。从该案的判决来看,法院是将“小件饰物”作为叫法不同实质相同事物进行认定,属于“同一种商品”。

前文已经提到了我国民、刑案件对于“同一种商品”认定规则各有不同。缪某假冒注册商标案中的耳环和戒指与“小件饰物”的关系究竟是应该更接近民法中的“类似商品”还是属于刑法中的“同一种商品”呢?对此出现了不同的声音,有的观点认为应该严格坚持刑法谦抑性原则,严格把握刑法中“同一种商品”的认定标准,将本案中的耳环、戒指与“小件饰物”归于“类似商品”。在我看来,应当属于“同一种商品”,因为刑法的意义在于阐明罪与非罪的科学概念,立法者在制定法律时由于当时的立法环境不可能穷尽所有可能。为了保证未来出现的不确定性质的新型物品适用法律,理应预留“小件饰物”的认定空间。再者现实生活中无论是戒指还是耳环甚至项链,相关公众普遍都会认为属于“小件饰物”更不用说在刑法的认定中。所以刑法要进行定罪就必须要从严出发,应当认定戒指属于“小件饰物”进行定罪。如果将戒指认定成“类似商品”,那么法律没有穷尽的一切东西都可以钻这个漏洞进行逃避,这显然不符合常理,更不符合立法目的。从两者的范围出发,“同一种商品”的范围显然比民事中的“类似商品”更窄,例如贺卡和明信片日常生活中都会用到这两种产品,它们明显也不是一个类别

³ 二审案号:上海二中院(2013)沪二中刑(知)终字第5号。

⁴ 根据《若干意见》第十一条第一款的规定,在功能、用途、生产部门、销售渠道、销售对象等方面相同,或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品可以认定为“类似商品”。

的产品, 所以肯定不能说是“同一种商品”顶多算是一种类似的商品。而照片和相片虽然名称不同, 但相关公众一般认为二者系同一事物, 即用于照相机拍出来的图片, 无需做出说明也可以分辨出。故而认定为“同一种商品”, 而非“类似商品”。虽然生活中很多东西都诸如此类, 存在交叉现象。他有可能是“同一种商品”也可能是“类似商品”, 但具体到实处还是看一般公众是否能够清楚认清。刑法作为最严厉的法律在此类问题上认定必须更加严格, 它不会基于商标注册显著性发生变化。民事侵权“类似商品”可以根据具体情况具有极大的灵活性来确定和延展。就如同孔祥俊教授说过“商标的保护范围好比电筒的光照范围, 电池的强度如同商标的显著性, 电筒的高度如同商标的知名度, 电池越强, 电筒越高, 光照的范围也就越亮和越大, 商标的保护范围也应该越强和越大。”[5]所以“类似商品”范围是大于“同一种商品”的, 但是认定犯罪时我们应该尽量缩小范围进行判定。所以像类似这种法律预先规定的兜底上位概念可以认定为“同一商品”。刑事标准看似更容易认定, 其目的是为了更科学的规制犯罪。但是只看到其表面, 就下了刑法反而比民事标准更为宽松的结论, 无疑是没有看到其立法的本质。所以该论点在学界是无法站住脚的, 应该有更为合适的理论进行替代。

我大致综合了一下学界对于“同一种商品”的含义, 分为以下三种观点:

第一种观点为结构主义说, 将我国颁布的《商品和服务分类商标注册表》作为客观唯一的判断标准[6]。由于《商品和服务分类商标注册表》的优点就是分类明确, 可操作性强, 实践中易于操作。从这种观点的角度出发, 它们只是机械的认为, “同一种商品”是指商品在同一类别。如果分类的要求得到满足, 那么司法实践中应被视为“同一种商品”[7]。

结构主义说关注较为固定的《商品和服务分类商标注册表》可能无法满足当前形势的需要, 特别是随着新兴的商品和服务的不断增长和商品种类的扩大。尽管分类表具有标准操作的客观性、一致性和易用性, 但它不能满足时代发展的时效性要求, 不利于在个别情况种实现实质公平和正义。

第二种为行为主义说, 根据商品真实的情况, 对多个因素进行综合分析以确定。这种学说认为固定的表格和分类是不利于适应实践和最新形势的变化。它应根据生产和销售产品的几个主要因素, 如货物的用途、原材料, 商品的外观和功能等并加以判断[8]。

行为主义说较之于结构主义说不利于在司法审判中进行运作, 前者采取了以客观和准确为特点的《商品和服务分类商标注册表》为客观标准。后者具有较大的不确定性, 尤其在标准有差异的情形中, 还具有一定的主观性, 扩大了法官的自由裁量权在司法实践中的应用, 进而也能导致同案不同判的现象发生[9]。

第三种为折中意见说, 认为如果相关的基础规定可以在《商品和服务分类商标注册表》中找到, 那就按照规定找到问题进行解决, 其次再根据《司法解释》来判断。在分类表无法解决的情形下, 再进一步分析判断商品的原材料、商品的功能和用途、是否存在预先设置的兜底上位等因素, 当商品在多个因素上均基本相同, 则认定为“同一种商品”[10]。

4. “同一种商品”认定基准之我见

刑法的确定性、可预期性与周延性应当体现在“同一种商品”的认定中, 在这三种性质之间充分进行考虑并加以权衡, 以《尼斯分类表》为主, 以相关公众的一般认知为辅。在这一方面的认定一定要透过现象看本质, 对假冒他人注册商标的犯罪行为给予相应的惩罚。具体而言, 侵犯商标权犯罪中, “同一种商品”的认定基准可以分为如下三种类型:

1) 名称与叫法一致的商品。顾名思义, 此处的名称即《尼斯分类表》中规定的商品名称。此方式突出特点和功能在于即直接又客观, 商品的种类和分类表中种类存在对应关系即属于一模一样的商品。现实生活中这次判例几乎不会有争议, 但是此类案件真的是越来越少, 因为假冒注册商标犯罪中行为人一般都会做出一点改动以期可以规避法律的制裁[11]。对于此类商品, 定期更新商品分类表以达到足够完善

即可保持功能的发挥。

2) 方言差异导致叫法差异的商品。这是因为我国地大物博, 民族众多的背景下衍生出的问题。由于各地方言的差异, 本地人和外地人对于一件商品的叫法都略有不同。但是无论有多么不同, 实际产品在商品表中却是同一个商品名称, 这类就属于方言差异导致叫法不同的商品。例如 OLED 显示屏和开放式发光二极管显示屏更甚者普遍大众就称其为显示屏、液晶屏等, 但二者在《尼斯分类表》中对应的商品名称均为“OLED 显示屏”, 应判定为“同一种商品”。此类“同一种商品”认定在实务中, 可以在参照商品分类表的前提下, 略微加入一点法官的判断即可解决。

3) 名称不同但本质是更上位的概念商品。虽然商品名称在《商标注册使用商品和服务分类表》中并不相同, 但是使用者仍普遍长期认为属于一类物品。也即无论专业术语还是产品名称有何差异, 使用者内心认定属于一类的东西。比如有些产品的实际功能, 构成材料, 使用的地方都大致相同。随着科学技术的飞速发展, 新事物不可避免地会以一些新名称出现。这些名字因为分类表并不是实时更新所以当时没有出现在《尼斯分类表》中, 立法也不可能把未来会出现的种类都提前列举出来。通常的做法是为将来的需求规定一个全面的条款或高度概括的问题, 以便未来的不时之需。这一类“同一种商品”的认定种, 前文的“小件饰物”就是这样的情况, 在日常生活中凡是可以用来装扮和美化作用的小件物品都可以称为“小件饰物”。虽然“小件饰物”并不仅仅限于戒指和耳环, 但二者在内涵上相同的关系, 法院据此认定二者属于叫法不同实质指同一事物的商品。但相关法律也应该及时填补相关法条做出相关司法解释, 毕竟戒指、耳环等属于日常生活常用物品。若每次案件都需用“小件饰物”进行解释, 总归缺乏一点明确性因素, 所以应及时更新商品分类表类目, 辅以相关司法解释进行克服。

5. 结语

假冒注册商标罪的确定不仅涉及实质性问题(如商标许可和使用), 也涉及了在程序方面上民事和刑事的统一以及定罪量刑问题。但时代也在不断进步, 如果以与时俱进作为一个合格的目标, 那么有许多值得完善的地方。在假冒注册商标罪的“同一种商品”认定方面, 秉承有《尼斯分类表》规定的前提下, 涉案商品完全落入商标注册核定保护范围中则直接判断属于“同一种商品”, 出现实质相同名称不同的情况, 根据相关公众是否认为属于同一种商品进行判别, 仅仅因为地方方言区别则也直接判别属于“同一种商品”。若出现了名称不同但本质是更上位的概念, 最优情况是分类表已经更新相关分类概念, 若还未更新则需要结合当时最新的司法解释和实际情况进行判别。

参考文献

- [1] 张嘉伟. 假冒注册商标罪的司法适用研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 中国人民公安大学, 2023.
- [2] 孙国祥, 魏昌东. 经济刑法研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [3] 高艳军, 南振兴. 浅析反向假冒行为[J]. 黑龙江对外经贸, 2009(7): 109-110+130.
- [4] 孔祥俊. 知识产权法律适用的基本问题——司法哲学、司法政策与裁判方法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2013.
- [5] 黄丽勤, 周铭川. 假冒注册商标罪认定中的若干问题研究[J]. 湖南警察学院学报, 2006(1): 76-80.
- [6] 王作富. 刑法分则实务研究[M]. 北京: 中国方正出版社, 2007.
- [7] 柏浪涛. 侵犯知识产权罪研究[M]. 北京: 知识产权出版社, 2011.
- [8] 赵秉志. 侵犯知识产权犯罪研究[M]. 北京: 中国方正出版社, 1999.
- [9] 凌宗亮. 销售假冒注册商标的商品罪中“同一种商品”的认定——析廖银华销售假冒注册商标的商品案[J]. 中华商标, 2014(1): 77-81.
- [10] 吴晨溪. 销售假冒注册商标的商品罪司法适用问题研究[D]: [硕士学位论文]. 北京: 北方工业大学, 2023.
- [11] 程赉. 网销假冒注册商标的商品违法行为认定探析[J]. 现代企业, 2023(5): 136-138.