

罗易论假冒注册商标刑事案件中的主观故意

Total click count:5

罗易了解到，1997年刑法除第213条规定了假冒注册商标罪之外，还于第214条规定了销售假冒注册商标的商品罪，这对于加强注册商标专用权的保护、打击假冒注册商标行为具有重要意义。然而，理论界对该罪的探讨十分薄弱，实践中对该罪的认定仍有疑问，很有探讨的必要。

一如何理解认定本罪主观上的"明知"，也就是我们在案件中的主观故意形为。

一般认为，本罪的主观方面是直接故意，其核心在于证明行为人"明知"其所销售

的是假冒注册商标的商品。这里的"明知"是直接故意中的"明知"赖以存在的前提，

只有先明知销售的是假冒注册商标的商品，才能明知自己的销售行为会发生侵犯他人注册商标专用权的危害结果。由于是否明知关系到罪与非罪的问题，因此，认定明知是司法实践中的关键点和难点之一，理论界对此认识不一。第一种观点认为，"明知"是指确知，只有行为人明确表示自己明知是假冒注册商标而故意销售才构成犯罪，如果行为人没有明确表示是明知，则不构成犯罪。第二种观点认为，在办案中，行为人是否"明知"很难予以确认，客观上也难以找到认定的依据，所以办案时不必对行为人是否"明知"

予以认定。第三种观点认为, "明知"应理解为"预见到"或"认识到", 即行为人主观上对构成犯罪的事实有着明确的认识, 在本罪中则指行为人预见到或认识到自己所销售的对象是假冒注册商标的商品这一事实。但这种"明知", 既包括行为人直接表达的"明知", 也包括行为人知道自己销售的商品属于假冒注册商标的商品的"事实明知"。①罗易认为, 以上三种观点都值得商榷。第一、三种观点都认为"明知"等于确知, 其不同之处在于, 前者认为明知应以行为人明确表示为限, 后者则认为明知不限于行为人明确表示, 还应包括行为人事事实上明知, 但这两种观点都会缩小明知的范围, 从而导致犯罪得不到追究;第二种观点认为由于证明明知非常困难, 故无需证明, 无疑, 这种观点有割裂主客

观方面的客观归罪之嫌, 也不可取。事实上, "明知"不等于"确知", 除"确知"外, 还应包括"可能知道"的情形, 即使不确知该批商品是假冒哪一家的注册商标, 以及不能十分肯定该批商品是否属于假冒注册商标的商品, 但只要已经意识剧该批商品可能是假冒注册商标的商品, 而没有任何根据在心理上如以否定, 那就属于"明知"的范围。

对"明知"如何具体判定, 立刷年 11 月最高人民法院、最高人民检察院《关于办理知识产权刑事案件若干问题的解释》第九条第二款规定.. 具有下列情形之一的, 应当认定为

属于刑法第 214 条规定的'明知': (一)知道自己销售的商品上的注册商标被涂改、调换或者覆盖的; (二)因销售假冒注册商标的商品受到

过行政处罚或者承担过民事责任、又销售同一种假冒注册商标的商品的;(三)伪造、涂改商标注册人授权文件或者知道该文件被伪造、涂改的;(四)其他知道或者应当知道是假冒注册商标的商品的情形。"该规定为具体认定"明知"提供了可操作性的法律依据,在一定程度上结束了理论界对如何认定"明知"的争议。但罗易认为,司法解释也只是从经验的角度列举性地规定了几种可以判定行为人"明知"的情形,对于何谓"其他知道或者应当知道假冒注册商标的商品的情形",仍需要司法工作人员根据主客观相统一的标准,综合案件的具体情况来认定。

罗易认为,分析判断"明知",除了以上述规定为依据外,还应参考以下几方面:

(1)买卖、交接假冒注册商标的商品的方式、方法与时间、地点。如果运用非正常的方式、方法,在较隐蔽的时间、地点进行交易,行为人就可能明知是假冒注册商标的商品而购进卖出;(2) 买卖双方成交价格。如果成交价格明显低于市场价格,就能认定行为人"明知";(引进货渠道是否不当,买方有无正当方法。如果进货渠道、购买手续都不正当,行为人应预见到购进的是假冒注册商标的商品;(4) 行为人对该种商品的认知程度。总之,在办理具体案件时,判断行为人是否明知不应仅凭口供,应根据一切主客观要件综合考察,综合案件的事实,对行为人的心理状况进行分析判断,只要行为人内心明白就可以定为明知。

二如何理解认定本罪中的"销售"

本罪在客观方面表现为销售假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的行为。对于何谓"销售"，一般认为，这里的销售既包括零售，也包括批发；既包括代销，也包括贩卖；既包括市场销售，也包括内部销售。简而言之，以任何方式将假冒他人注册商标的面品有偿转让的行为，都属于"销售"。如果是无偿赠送、抛弃冒牌货，或者购买来供自己消费则不认为是"销售"。对于"销售"的理解，主要在以下两种情形上存在分歧。

第一种情形是，以出卖为目的而购买了假冒注册商标的商品，尚未来得及销出的，是否属于本罪的销售。对此形成了两种对立看法。肯定说认为，这种情形可以构成本罪的未遂形态。^②否定说认为，销售假冒注册商标的商品罪是一种法定刑较低的行政犯，并且刑法明文规定只有"销售金额数额较大的"才构成犯罪，这就意味着只有销售行为完成了才可能成立本罪。如果销售行为未完成，其社会危害性通常就达不到犯罪的程度，而且销售金额往往也无法确定。因此，认为本罪不存在预备犯、未遂犯和

中止犯的观点较为合理。^③

罗易认为，根据我国刑法理论，在直接故意犯罪中一般都存在犯罪未完成形态，

即存在预备犯、未遂犯和中止犯。本罪是一种直接故意犯罪，因此，同样应有未完成形态存在的余地。从我国刑法规定的实际情形来看，刑法分则规定的各种犯罪构成及其刑事责任，一般都是以犯罪既遂为

标准的，如果以犯罪的成立为标准，刑法一般都会在条文中相应列出。例如，刑法第一百一十四条规定"放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法破坏工厂、矿场、油田、港口、河流、水源、仓库、住宅、森林、农场、谷场、牧场、重要管道、公共建筑物或者其他公私财产，危害公共安全，尚未造成严重后果的，处三年以上十年以下有期徒刑。"第一百一十五条第一款规定"放火、决水、爆炸、投毒或者以其他危险方法致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。"从以上两个条文的比较中可以看出，两者规定的犯罪行为，无论在主体、主观方面，还是在侵犯的客体、客观方面都是相同的，所不同的是，第 114 条规定的行为尚未造成严重后果，而第 115 条第 1 款规定的行为已造成了严重后果，两者的刑罚也因此由"尚未造成严重后果"时的"处三年以上十年以下有期徒刑"上升为"致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失"时的"处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。"由此可见，刑法第 114 条规定的是放火罪、决水罪、爆炸罪、投毒罪和以其他危险方法危害公共安全罪的成立要件，而刑法第 115 条规定的是同种犯罪的既遂要件，两者的犯罪性质与罪名是一样的，只是未遂既遂形态不同。而刑法中对于本罪并无类似规定，由此可见，刑法第 214 条对本罪的规定是规定了本罪的既遂标准而不是犯罪成立要件。因此，"销售金额数额较大"时已构成既遂犯。如果销售行为未完成，通过其购进的货物价值以及已销售的部分金额，

同样可以确定行为人可能得到的销售金额，并进而证明本罪的成立。至于在这种情形下，是否应减轻或者免除处罚，应考量刑事政策，但不影响本罪的成立。

那么，以出卖为目的而购买了假冒注册商标的商品但尚未销售的行为是不是一定

构成本罪的未遂犯呢？答案是否定的。因为根据刑法第 23 条第 1 款对犯罪未遂的规定，犯罪未遂必须是“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞”，而本罪的实行行为是“销售行为”，只有“销售”的着手实行才能认定为已经着手实行犯罪，显然，销售的着手必须以开始销售为准，而不是以准备销售或者正在积极寻找买主为准。只有在行为人已经着手销售而未销售出去，比如正在销售而当场被工商部门抓获时，才能认定为成立本罪的未遂。进而言之，销售的进行必须存在二个前提条件，即要有买卖双方的存在。如果尚不存在一个购买者，那么，销售者在购买者出现之前为了实现销售商品的目的而实行的任何活动，都只能是销售的准备活动。因而至少应在销售者找到购买者之后，才能认定其销售行为已经着手。画因此，在本罪中，只有行为人在买进假冒注册商标的商品之前已经找到购买方并与其达成了购销合意，或者买进假冒注册商标的商品之后准备卖出、已经找到了一个买主、正在与买主进行交易时被工商部门当场查获或者被注册商标权人当场查获等场合时，才能认定行为人已经着手了销售的实行行为。如果行为人虽有出卖目的，但购进假冒注册商标的商品后尚未找到买方，或者虽找到买方但双方未就销售达成协议时，其为

销售所作的准备工作一般可以犯罪预备论处,但也可以视情况不予追究刑事责任。

第二种情形是,如果行为人已经将假冒注册商标的商品售出但尚未收回价款,是

否属于本罪的"销售"。上述的否认说者认为这种情形之下也不能成立本罪。而多数学者对此持肯定态度。⑤

罗易认为这种情形也能成立本罪。因为 1997 年刑法之所以将本罪的既遂以"销售金额数额较大"取代"违法所得数额较大"为既遂要件,其原因就是为了打击销售假冒注册商标商品的行为,更好地保护注册商标权人的注册商标专用权。行为人将冒牌货售出后,就已侵犯了注册商标专用权,其销售行为已成立。在实践中,购买人买入商品后由于各种原因未支付价款的情况时常发生,如购买人赖帐不付,或者由于三角债务关系,或者由于购买人在购买商品后发现是冒牌货而要求予以退货或拒付贷款。如果这些情况的发生影响销售行为的成立,现实生活中的销售冒牌货就很难定罪,这是不合常理的。因此,销售行为的成立并不以实际收取了价款为必要条件,其卖出商品的有偿性决定了其对注册商标权人注册商标专用权的侵害。因此,在这种情况下是成立本罪的。

三本罪认定中应注意的其他几个问题

在认定本罪时,首先要注意划清罪与非罪的界限。要把本罪与一般商标侵权行为

区别开来。根据刑法第 214 条的规定，构成本罪必须是从事了销售明知是假冒注册商标的商品，并且销售金额数额较大的行为。所谓销售金额数额较大，根据 2004 年知识产权刑事司法解释的规定，是指自然人的销售金额达到 5 万元以上，单位达到 15 万元以上，只有达到这个标准的，才能成立犯罪。如果销售金额达不到这个定罪标准，则可认为属于刑法第 13 条但书所规定的“情节显著轻微危害不大”的情形，不以犯罪论处。过失销售假冒注册商标的商品的，均不构成本罪，无论其原因是受蒙蔽、被骗或者疏忽大意、工作失误。销售假冒他人未经注册的商标的商品，或者销售虽已注册，但已过有效期间而未续展或被有关机关撤销注册的商标的商品，或者销售与注册商标商品不属同一种类的假冒产品，均不构成本罪。

其次要注意划清销售假冒注册商标的商品罪与其他犯罪之间的界限，主要是本罪

与假冒注册商标罪的界限、本罪与销赃罪的界限。

销售假冒注册商标的商品罪与假冒注册商标罪在犯罪客体、犯罪主体、犯罪主观

方面是一致的，但两罪在客观方面的区别比较明显。前罪行为人实施犯罪行为的核心在销售，发生在商品流通领域；后罪行为人实施犯罪行为的核心在假冒，发生在生产领域。司法实践中，两种犯罪一般比较容易区分，只是在出现共犯与牵连犯问题时，容易发生混淆。如果行为人既实施假冒注册商标犯罪，又销售该假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当以假冒注册商标罪定罪处罚。因为这种情形下，行为

人的行虽然同时符合假冒注册商标罪和销售假冒注册商标的商品罪的构成要件，但两者之间具有手段行为与目的行为的牵连关系，销售行为是目的行为，假冒行为是手段行为，由于销售假冒注册商标的商品罪若干问题探究

前行为在刑罚上重于后行为，按牵连犯从一重处罚的原则，应以假冒注册商标罪。有学者认为，假冒注册商标罪本身是一种复行为犯，其定型性实行行为是由假冒行为与销售行为两种自然意义上性质不同的行为共同组成的，两者是一个前后相接、不可分割的统一体，共同构成假冒注册商标罪的实行行为。因为从社会危害性上看，仅假冒他人注册商标而不用于销售或者不最终用于商业竞争，其社会危害性极其有限，几乎不会给他人注册商标专用权造成损害，只有销售假冒他人注册商标的商品，才会最终侵犯他人注册商标专用权，其社会危害性才可能达到应受刑事追究的程度；从立法原意来看，由于仅假冒不销售不可能给注册商标权人造成损害，立法者不会惩罚仅假冒而不销售假冒商品的行为；从实际来看，行为人假冒他人注册商标必然是为了销售假冒产品以牟利，不会单纯为假冒而假冒。如果行为人假冒他人注册商标并予以销售，是其假冒的本意所在，仍只定一罪而非数罪，不存在另触犯销售假冒注册商标的商品罪的问题，但如果仅实施完毕假冒行为而来不及销售，仍构成假冒注册商标罪的既遂，因为立法者重在惩治假冒他人注册商标的行为，力图从源头上扼制假冒他人注册商标行为的发生。⑥罗易认为这种解读有一定的道理，能为我们理解假冒注册商标罪提供另一种思路，但如果行为人实施了假冒注册商标

犯罪，又销售明知是他人的假冒注册商标的商品，构成犯罪的，应当实行数罪并罚。因为当假冒行为与销售行为的对象不是同一商品时，行为人的行为构成两罪且两罪之间不存在牵连关系。

就共犯来看，销售假冒注册商标的商品的行为虽然在客观上对假冒注册商标者有

帮助作用，促使假冒者无销售之忧，并且行为人也是故意犯罪，客观上有帮助的故意，但由于两者在事前并无通谋，未形成共同故意，故我国刑法将它们规定为单独犯罪，不以共犯论处。但如果假冒注册商标者与销售假冒注册商标的商品者事前通谋，形成共同故意，然后分工合作，其中有人假冒，有人负责销售冒牌商品，并按一定的比例分事利润，那么销售假冒注册商标的商品的行为实际上已成为假冒注册商标罪的共同犯罪行为的组成部分，销售者也应以此假冒注册商标罪的共犯论处。

本罪与销赃罪在主观上都是故意，客观上都有销售行为。有学者认为，销售假冒

注册商标的商品罪，在本质上也是一种销售赃物的犯罪，因为其所销售的假冒注册商标的商品正是假冒注册商标罪的赃物。因此，刑法第312条销售赃物罪与本罪之间是一般与特别的关系，刑法中这两个条文应属于法规竞合。住我们赞同这种观点，但是，当他人先实施的假冒注册商标行为尚不构成犯罪，那么行为人所销售的假冒注册商标的商品也就不属于赃物。只有在先实施的假冒注册商标的行为构成犯罪，该行为人所提供的商品才属于其实施的假冒注册商标罪的赃物。

在此情形下，销售者明知是假冒注册商标罪的赃物，而仍予销售的，就构成本罪，属于一种特殊的销赃罪。此种情形下，成立销售假冒注册商标的商品罪与销赃罪的法条竞合，由于本罪的法定刑重于销赃罪的法定刑，根据特别法条优于普通法条的原则，应适用特别法条，以本罪论处。此外，如果行为人销售假冒注册商标的商品，但销售金额没有达到数额较大的定罪标准，不能构成销售假冒注册商标的商品罪。