

制售假冒平台榜单牌匾的刑事责任界定

□ 朱铁军 朱鹏锦

刑事焦点

数字经济的快速发展，深刻改变了大众的生活方式、消费习惯和信息获取渠道。近年来，诸如“大众点评”“美团”等互联网消费信息平台已成为公众获取商品、服务信息的重要入口。找餐厅先看平台评价、再看商家榜单，逐渐内化为消费者的决策习惯。平台推出的“必吃榜”“必住榜”“黑珍珠”等榜单，不仅在APP、网站等线上展示，还向上榜商户颁发载有平台商标标识与商户信息的实体牌匾，授权商户线下展示宣传。实践中，一些行为人借机仿冒、销售此类牌匾，导致部分未上榜商家虚假展示，误导公众认知，扰乱市场秩序。对此，亟须在广告服务商标使用的法律定性上形成准确认识，并依照刑法修正案（十一）及“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》（以下简称《知识产权刑事案件解释》）的精神，厘清制售假冒平台榜单牌匾的行为性质，从而完善广告服务商标保护体系，实现精准治罪与有效治理。

一、平台榜单牌匾所用商标标识属于第35类广告服务商标

商标的主要功能在于区分商品和

服务来源。平台权利人出于权利防御等考虑，通常采取多类注册策略，往往在多种类别同时注册相同字样商标，例如同时在第35类广告销售、第43类餐饮住宿类注册“大众点评必吃榜”商标。根据《类似商品和服务区分表》，第35类广告服务商标使用表现为“为他人推销”。国家知识产权局《关于第35类服务商标申请注册与使用的指引》中指出：广告服务商标最重要的特点在于服务是为人提供的，而非为权利人自身业务需求从事的有关行为。根据《类似商品和服务区分表》，第43类商标主要包括为消费准备食物和饮料的服务（餐饮），以及提供临时住所的服务（住宿）。区分二者的关键在于：权利人在直接提供餐饮住宿服务、为自己推销过程中使用商标的，属于第43类商标，如上海和平饭店悬挂“上海和平饭店”招牌；权利人在为他人推销过程中使用商标的，则属于第35类商标，如平台权利人使用“大众点评必住榜”商标在APP上为上海和平饭店推介。平台权利人向榜单上榜商户颁发载有平台商标标识与商户信息的实体牌匾，授权商户展示牌匾、进行宣传，属于平台互联网推介的线下延伸。推介牌匾所用商标标识的法律性质应属于广告服务商标。

二、制售假冒平台榜单牌匾应定性为制造、销售商标标识行为

根据《中华人民共和国商标法》（2026年6月26日修订，以下简称商标法）第二条，商标使用指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标

用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别和区分商品来源的行为。包括通过互联网等信息网络实施的使用行为。刑法第二百一十三条规定假冒注册商标罪必须是“未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务上使用与其注册商标相同的商标”，其关键在于同种使用。有观点认为，制售假冒牌匾行为可评价为假冒注册商标或是销售假冒注册商标的商品行为。但笔者认为，该行为性质不是对广告服务商标的同种使用，更不是销售商品，而是一种制造、销售商标标识的行为。理由如下：

第一，平台榜单牌匾所涉的商标使用行为是商户经权利人授权展示推介牌匾。平台权利人授权商户展示推介牌匾的活动可分为两部分：一是平台制作推介牌匾的使用预备行为，二是商户经授权展示推介牌匾的核心使用行为——只有在展示环节，平台为商户推销宣传的信息进入市场流通，所用商标能够为公众感知。基于同质性维度，平台APP展示商户与商户展示牌匾的性质一致，都属于平台向公众推销商户的行为，实现了商标与平台广告服务的结合；后者的特点在于平台通过许可商户使用的方式间接实现广告商标利用。因此，商标同种使用行为应为买家商户购买假冒牌匾后的展示宣传。

第二，前文已述，平台榜单牌匾所用的商标性质属于“为他人推销”的广告服务商标，而不是“为自己推销”的商品商标或者其他服务商标。销售假冒注册商标的商品罪仅限于侵犯商品商标范畴，不包括侵犯服务商标的情形。况且，平

台并未将推介牌匾作为商品对外销售。因此，制售假冒牌匾行为也不能成立销售假冒注册商标的商品。

第三，制售假冒平台榜单牌匾性质应评价为制造、销售注册商标标识行为。2020年国家市场监督管理总局《商标印制管理办法》规定：“商标印制”是指印刷、制作商标标识的行为，包括印刷、印染、制版、刻字、织字、晒蚀、印铁、铸模、冲压、烫印、贴花等方式。制售假冒牌匾行为入主要是未经许可非法印制、销售平台商标标识及其牌匾载体，没有通过APP网站推介、展示牌匾等任何手段为买家商户推销，其行为更符合制造、销售注册商标标识。此外，以制售商标标识评价制售假冒牌匾行为更能体现罪责刑相适应。非法制造、销售非法制造的注册商标标识处于商标犯罪环节上游，是进一步实施其他侵犯商标违法犯罪的前提和源头，应当从严惩处，适用相对更低的人罪标准。行为入批量制售假冒推介牌匾，已然形成产业链条，势必引发下游买家连锁式商标侵权，以制售商标标识犯罪规制更为适当。

三、服务商标应纳入非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪保护范围

刑法修正案（十一）施行后，侵犯注册商标罪的罪状由“在同一种商品上使用”修改为“在同一种商品、服务上使用”，明确保护服务商标。与此同时，销售假冒注册商标的商品罪、非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪仅修改了入罪情节或者法定刑，并未修改罪状

行为，也没有明示列举规定“服务商标”。有观点认为，非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪与销售假冒注册商标罪一样，只保护商品商标，不保护服务商标。但笔者认为，服务商标应当纳入非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪保护范围，理由如下：

第一，基于文义解释和法律体系的协调。刑法第二百一十五条将行为对象表述为“他人注册商标标识”，其文义本身具有包容性，并未排除服务商标标识。根据商标法第二条，该法有关商品商标的规定适用于服务商标。结合商标法第七十二条、第八十五条内容，伪造、擅自制造以及销售伪造、擅自制造的商品商标、服务商标行为均构成商标权侵权，构成犯罪的依法追究刑事责任。刑法作为保障法、后置法，应当与之衔接。将服务商标纳入制售商标标识犯罪符合罪刑法定原则。若将第二百一十五条限缩解释为仅保护商品商标标识，将导致刑法与商标法在保护范围上出现不一致，违反法律体系的统一性。而刑法第二百一十四条则将商标种类规定为“假冒注册商标的商品”，其保护范围明确排斥服务商标。

第二，基于刑法修正案（十一）立法原意和体系解释的考量。刑法修正案（十一）修改刑法第二百一十三条假冒注册商标罪状、增加“服务商标”，其意图在于严厉打击侵犯知识产权犯罪，一体保护商品与服务商标。制售假冒注册商标标识行为是侵犯商标权的源头，其危害性重于假冒注册商标犯罪，因此前述司法解释才规定了更低的人罪标准。如果认为刑法第二百一十五条不能涵盖服务商标，将导致危害更重的制售注册服务商标标识行为反而不构成犯罪，存在不合理的法律漏洞，明显与刑法修正案（十

一）强化知识产权全面保护的立法初衷相悖。

第三，基于刑事保护的必要性与现实危害的相当性。服务商标所承载的商业信誉和消费者认知具有巨大价值。假冒的实体牌匾、认证标识等，正是服务商标信誉的核心物理载体。制售假冒榜单牌匾不仅损害平台商誉与消费者权益，也扰乱公平竞争的市场环境。从法益保护的实质平等原则出发，对具有相当危害性的行为应给予同等的刑事评价，这是公正性的内在要求。

四、制售假冒平台榜单牌匾行为可以构成非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪

行为入未经许可，伪造、擅自制造平台榜单牌匾，情节严重的，严重侵害平台权利人的广告服务商标专用权，可以构成非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪。需要指出的是，在处罚制售注册商标标识犯罪时，一般要求标识被用于侵权活动。买家商户定制假冒牌匾摆放展示，其主观意图与客观效果均是误导社会公众错误认为平台权利人在替商户推销宣传。公众看到假冒牌匾所生判断是大众点评等平台权利人在为商户推销，而不是商户为自己推销。因此，商户展示假冒牌匾符合广告服务商标“替他人推销”的使用范围，构成侵权。上游制售假冒平台榜单牌匾行为入符合情节严重等要件的，应予刑事处罚。对专门从事非法制造、销售非法制造的注册商标标识行为，应以制售商标标识犯罪加以规制。

（作者单位：上海市普陀区人民法院）

非法销售电子烟行为的类型化司法认定

□ 张志富 刘 啸

问题探讨

在以传统卷烟为主的国家烟草市场有序发展之时，电子烟作为一种新型尼古丁传递工具悄然出现并快速蔓延，非法销售电子烟的行为也大量出现。对此，应当在明确电子烟法律属性的基础上，对非法销售电子烟行为的司法认定思路进行类型化分析。

一、电子烟的法律属性

通过检索非法销售电子烟的相关案例可以发现，市面上主流电子烟主要包括加热不燃烧型电子烟与烟油雾化型电子烟两种，二者虽然都能供使用者抽吸，但作用机理不同。加热不燃烧型电子烟是通过加热装置对烟弹进行加热以释放含有尼古丁的气溶胶，其烟弹的填充物为烟叶或烟丝。烟油雾化型电子烟是通过雾化装置将烟弹中的烟油进行雾化进而转化为可吸入的气溶胶，其烟弹的填充物并非烟叶或烟丝，而是人工合成烟油。《中华人民共和国烟草专卖法》中没有关于“电子烟”的表述，《中华人民共和国烟草专卖法实施条例》（以下简称《烟草专卖法条例》）第六十五条也只是规定了“电子烟等新型烟草制品参照本条例卷烟的有关规定执行”，却未对电子烟的含义予以明

确。因此，需要借助相应的国家标准来界定电子烟的范围。根据《电子烟》国家标准（GB41700—2022）中的规定，电子烟被界定为“用于产生气溶胶供人抽吸等的电子传送系统”，其主要由电子烟烟具和含有电子烟烟液的烟弹组成。电子烟烟液属液态雾化物，应当包括烟草中提取的烟碱。从《电子烟》国家标准的规定来看，加热不燃烧型电子烟并不是真正意义上的“电子烟”，因其烟弹中的填充物并非液态的烟液而是固态的烟叶或烟丝，故可根据《中华人民共和国烟草专卖法》第二条之规定，将其直接认定为烟草制品，属于专营专卖产品。而《烟草专卖法条例》中的“电子烟”可在规范意义上被理解为通过电子能量驱动雾化器将含尼古丁的液态烟油转化为可吸入气溶胶的装置及烟弹、烟油等配套产品。根据《烟草专卖法条例》第六十五条之规定，电子烟同样属于专营专卖产品。

二、非法销售电子烟的司法认定思路

司法实践中，常见的非法销售电子烟主要包括四种类型：一是具备电子烟专营专卖资格的主体销售伪劣电子烟；二是不具备电子烟专营专卖资格的主体销售符合国家标准电子烟；三是不具备电子烟专营专卖资格的主体销售伪劣电子烟；四是具备传

统卷烟专营专卖资格的主体销售符合国家标准的电子烟。

第一，具备电子烟专营专卖资格的主体销售伪劣电子烟。由于销售者具备电子烟专营专卖资格，该行为为侵害的是国家对于电子烟产品的质量监督管理制度、市场管理制度和消费者的合法权益，符合刑法第一百四十四条关于销售伪劣产品罪的罪状表述。倘若销售金额在5万元以上，应当依照刑法第一百四十四条和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》以及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法生产、销售烟草专卖品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《烟草专卖品解释》）的相关规定，以销售假冒伪劣产品罪定罪处罚。

第二，不具备电子烟专营专卖资格的主体销售符合国家标准电子烟。由于电子烟同样属于专营专卖产品，其生产、销售等业务行为均需相关行政部门的许可。销售者在不具备电子烟专营专卖资格的情况下，违法销售符合国家标准的电子烟系对国家专营专卖制度和国家对市场交易管理秩序的侵害。如果行为人的行为符合《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（2022年修订）中关于“情节严重”的规定，则应当按照刑法第二百二十五条的规定，以非法经

营罪论处。

第三，不具备电子烟专营专卖资格的主体销售伪劣电子烟。如果行为人所销售的电子烟系含有烟碱的劣质电子烟，由于该劣质电子烟可以发挥与真品电子烟相同的功用，故同样会对国家专营专卖和市场管理秩序产生冲击。涉案行为如果符合刑法第一百四十四条和第二百二十五条中关于“情节严重”的规定，则同时构成非法经营罪与销售伪劣产品罪。当然，如果行为人所销售的伪劣电子烟还存在假冒注册商标的情形，同时行为人对该事实知情，则行为人在不具备电子烟专营专卖资格的前提下违法销售电子烟的行为就同时触犯了销售伪劣产品罪、非法经营罪和销售假冒注册商标的商品罪，三罪属于想象竞合。在裁判时应当明确行为人的行为所构成的犯罪，发挥想象竞合的明示机能并择一重罪论处。如果所销售的产品不含有烟碱等烟草提取物，则应当被排除在电子烟的范畴之外，认定为单纯雾化产品，该类产品不属于专营专卖品。销售单纯雾化产品的行为将不会侵害国家专营专卖制度，不构成非法经营罪。

第四，具备传统卷烟专营专卖资格的主体销售符合国家标准电子烟。根据《电子烟管理办法》，电子烟的专营专卖许可包括烟草专卖生产企业许可、烟草专卖批发企业许可和烟草专卖零售许可三种类

型，其中持有烟草专卖批发企业许可和烟草专卖零售许可的主体都可以在传统卷烟、雪茄烟的批发、零售许可的基础上直接向烟草专卖行政主管部门申请，变更许可范围，以从事电子烟产品的批发或零售业务。行为入直接向有关部门申请销售电子烟许可的行为属于“申请新办”，而在原有卷烟相关许可的基础上申请扩大许可范围属于“申请变更”。“申请新办”是主体尚未在国家专营专卖制度体系内，通过申请加入至该体系，进而从事相关业务。而“申请变更”是主体所从事的业务已经属于专营专卖业务，变更后的事项是为了扩大业务范围，但并未超出原来的专营专卖秩序。根据最高人民法院2011年《关于被告人李明华非法经营请示一案的批复》精神，持有烟草专卖零售许可证的主体从事超出许可范围的经营行为，属于“超范围经营”而非“无证经营”，不宜按照非法经营罪处理。所以应当“申请变更”而尚未“申请变更”进而从事新业务的情况并未对原来的专营专卖制度产生严重的法益侵害，尚不足以接受刑法的否定性评价。因此，当具备传统卷烟专营专卖资格的销售主体销售符合国家标准的电子烟时，该行为并未对国家烟草专营专卖制度产生严重的法益侵害，不属于非法经营，可通过行政手段予以纠正。将此类超范围经营的行为排除在刑法第二百二十五条规定的非法经营类型之外，既兼顾了刑法和前置法

的衔接，同时也符合刑法谦抑性的要求。当然，若行为入销售的是伪劣电子烟且销售金额达到相应追诉标准，则仍应以销售伪劣产品罪追究其刑事责任。

另需注意的是，有电子烟专营专卖资质的主体违法销售传统卷烟或雪茄烟的（包括加热不燃烧型烟草制品），其行为性质的认定同样应坚持实质审查的标准。如前所述，最高人民法院相关批复的精神在于：持有烟草专卖许可证从事超范围经营的行为，不宜按照非法经营罪处理。该精神所遵循的法理逻辑，即行为入已纳入国家专营专卖制度体系，超范围经营仅系许可事项的变更问题，可通过行政手段予以纠正，在具备电子烟专营专卖资质的主体销售传统卷烟情形中同样具有参照适用的空间。虽然《电子烟管理办法》仅规定了传统卷烟许可向电子烟许可的变更路径，未明确规定电子烟许可反向变更拓展至传统卷烟，但这属于行政许可程序层面的不衔接，并不改变行为入已处于专营专卖制度体系之内这一事实。因此，对于此类反向超范围经营行为，同样不宜径行以非法经营罪论处，而应通过行政处罚等前置法手段予以规制。当然，如果行为人所销售的传统卷烟或雪茄烟系伪劣产品，且销售金额达到相应追诉标准，则应以销售伪劣产品罪追究刑事责任。

（作者单位：北京理工大学法学院；河北省涿州市人民法院）