

# “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

童伟华 丛 星

(海南大学 法学院,海南海口 570228)

**摘要:** 在网络犯罪日益猖獗的大背景下,利用互联网恶意投诉手段进行“商标碰瓷”的现象更加常见,“商标碰瓷”行为不仅具有民事行为的外观,在很多情况下还具有实质的违法性。“商标碰瓷”行为可阶段性地拆分为前置行为、本体行为和目的行为。前置行为是指行为人将自己伪装成“合法”的知识产权(主要是商标权)权利人。本体行为是指行为人将自己“合法”的维权请求提交到第三方服务平台。目的行为是指行为人与商家进行磋商,谋取非法利益。其中,前置行为涉及的犯罪主要包括假冒注册商标罪、非法制造注册商标标识罪、盗窃罪,本体行为涉及的犯罪主要包括损害商业信誉罪、破坏生产经营罪,目的行为涉及的犯罪主要是敲诈勒索罪。“商标碰瓷”行为本身虽未被规定为独立罪名,但是我们应该从主客观进行分析,看到其民事违法性质背后的刑事犯罪属性。在立法层面,一方面会加快推进具有严重社会危害性的“商标碰瓷”行为入刑,另一方面应增设罪名和罪状,以便更加直接地适用刑法条文。在司法层面应充分发挥司法的能动性,一方面在不违反罪刑法定的原则下对法律条文进行扩大解释,以使得新型犯罪手段和外观可以被尽可能地囊括在现有刑法规制的范围内,另一方面应加快发布最高法院指导案例,以推进对“商标碰瓷”行为出罪入罪以及提高对其进行刑法归责的规范性和有效性。

**关键词:** 商标碰瓷;互联网恶意投诉;前置行为;本体行为;目的行为;立法层面;司法层面

**中图分类号:** D924      **文献标志码:** A      **文章编号:** 1009-8003(2023)02-0151-10

## 一、“商标碰瓷”行为的解读

本文主要研究利用互联网进行恶意投诉的行为,由于本文所涉及的知识产权内容主要以商标权为主,故亦有学者将其恶意投诉行为称为“商标碰瓷”行为。而对于恶意投诉现象,互联网恶意投诉的形态极其复杂,类型化非常困难。有学者表示,网络平台上的恶意投诉行为并非一个法律上的概念,甚至在学理研究上也不是一个严谨的概念。<sup>①</sup>尽管如此,笔者还是试图对此进行阶段性解构,因为这直接关系到某种具体的行为是否可以被视为恶意投诉的一部分,进而判断是否成立“商标碰瓷”行为。

最初,互联网平台的投诉机制是权利人及其利害关系人或者消费者向电商平台主张自身权利的一种救济途径。但如今,却被某些虚假维权者利用行业规则、制度漏洞破坏网络营销秩序,谋取非法利益。例如,全国首例利用互联网维权机制敲诈勒索案 2017 年在广东佛山宣判,本案两被告在淘宝网上冒用实体企业名义注册虚假网站,并向淘宝电商平台虚假投诉淘宝商家,致使被诉商家的产品销售链接被平台依规先行删除。此后,二人利用商家急需撤销投诉、恢复销售链接以减少经济损失的心理,敲诈勒索

**收稿日期:** 2023-01-20

**作者简介:** 童伟华(1971-),男,湖南岳阳人,法学博士,海南大学法学院教授,博士生导师,主要研究方向:刑法学;

丛星(1991-),女,山东菏泽人,海南大学法学院刑法学博士生,主要研究方向:刑法学。

<sup>①</sup>参见杜颖:《网络交易平台上的知识产权恶意投诉及其应对》,载《知识产权》2017年第9期。

商家钱财,短短两个月的时间,从近百名淘宝卖家处收取“授权费”共计100余万。<sup>①</sup>同年,据《工人日报》报道,阿里巴巴针对利用虚假投诉骚扰、勒索淘宝商家的恶意知识产权代理公司发布封杀令,杭州网卫科技有限公司成为首个被封杀对象。<sup>②</sup>阿里巴巴之所以采取极端的封杀措施,是因其在2016年知识产权保护平台共发现疑似恶意投诉账号5862个,近103万商家和超600万条商品链接遭受恶意投诉,给卖家造成的资产损失高达1.07亿元。<sup>③</sup>再如,2019年2月,杭州市铁路运输法院公开宣判了杭州首例恶意投诉案,审理中发现,被告曾伪造权利证明对淘宝平台上多个同品牌卖家发起过类似恶意投诉,其目的是刻意打压竞争对手。<sup>④</sup>

通过对近年典型个案的分析,我们不妨将互联网恶意投诉行为表述为:虚假的知识产权权利人对合法商家进行投诉,利用电商平台“通知—删除”的机制,干扰其合法经营并从中谋取非法利益的行为。其中,据目前现实情形来看,涉及的知识产权内容以商标权为主,据此笔者也主要从“商标碰瓷”的视角对该现象进行分析。要实现在互联网平台中的“商标碰瓷”需进行以下三个步骤:首先,将自己伪装成“合法”的知识产权(主要是商标权)权利人;其次,将自己“合法”的维权请求提交到第三方服务平台;最后,与商家进行磋商,谋取非法利益。本文将上述恶意投诉的“三步骤”分为前置行为、本体行为和目的行为。其中,前置行为的“合法”伪装比较复杂,又可分为以下两种:

第一,“以假乱真”型。某项知识产权本身是真实有效的,但投诉者本人并非真正权利人,而是冒用权利凭证,或制造与真实商标类似的虚假商标,进行恶意投诉,其目的是打压同类营业者或采用不正当竞争手段进行营利,如“杭州首例恶意投诉案”。第二,“捷足先登”型。投诉者利用商标或专利审查的疏漏,针对性地抢先注册一些非显著性商标或专利,再根据取得的权利对在先使用人进行投诉。例如,某代理公司注册“机车”“花苞”等淘宝热搜词,致使与热搜词相关的70%的卖家都遭到恶意投诉。<sup>⑤</sup>

在我国目前刑法中,“商标碰瓷”行为本身并未被规定为独立罪名,基于这一前提,如何运用刑法教义学的手段,对以恶意投诉的手段进行“商标碰瓷”的行为依照现有规定进行惩治,颇有研究价值。

## 二、“商标碰瓷”的前置行为犯罪与否的评析

如前所述,“商标碰瓷”的前置行为是将自己伪装成“合法”的知识产权权利人。这些行为通常是“商标碰瓷”的预备行为,是后续恶意投诉行为的“导火索”。一般而言,若“商标碰瓷”的本体行为并未构成犯罪,那么前置的预备行为也不宜作犯罪处理,除非预备行为本身符合相关罪名的构成要件。本文认为,伪装成“合法”知识产权权利人的手段行为可能涉嫌以下犯罪。

### (一) 冒用他人知识产权权利凭证的行为是否构成假冒注册商标罪<sup>⑥</sup>

冒用他人商标权从而证明自己是该权利的合法享有人,是实现“商标碰瓷”常见的前置行为方式,在业界亦被称为“李鬼”反咬“李逵”,杭州首例“商标碰瓷”案便是这方面的典型。如何认定冒用者是否构成假冒注册商标罪,需要厘清以下几个主要的争议点。

1.“同一种商品”的认定。我国刑法规定,成立假冒注册商标罪的重要前提之一是将他人的注册商标用于“同一种商品”之上,而根据2011年《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》(以下称《知产意见》)第5条的规定,能被视为“同一种商品”的前提是名称相同或名称不同但指同一事物。对于名称相同的商品,我们根据《商标注册用商品和服务国际分类尼斯协定》(以下称《尼斯协

<sup>①</sup>参见李万祥:《全国首例利用互联网维权机制敲诈勒索案宣判》,载 <http://ip.people.com.cn/GB/n1/2017/0620/c136655-29350408.html>,最后访问日期:2023年1月12日。

<sup>②</sup>参见唐伟:《恶意投诉之“恶”,不可小视》,载《工人日报》2017年2月10日。

<sup>③</sup>参见王羽:《全国首例利用互联网维权机制敲诈勒索案宣判——电商平台恶意投诉成黑色产业亟待共治》,载《上海企业》2017年第7期。

<sup>④</sup>参见钱祎、吴巍:《赔偿210万! 电商法实施后,杭州首例恶意投诉案公开宣判》,载 <http://zjnews.china.com.cn/yuanchuan/2019-01-25/163830.html>,最后访问日期:2019年12月4日。

<sup>⑤</sup>参见裴清波:《阿里巴巴称百万卖家遭恶意投诉 已发起维权诉讼》,载 <https://news.china.com/finance/11155042/20170217/30263406.html>,最后访问日期:2023年1月12日。

<sup>⑥</sup>冒用他人知识产权权利凭证的行为也可能触犯假冒专利或侵犯著作权犯罪,但从目前司法实践的情况来看,主要是涉嫌侵犯商标权,故本文重点讨论假冒注册商标犯罪。

定》)中规定的商品名称进行分类可知,即指同一种目下所列举的商品。<sup>①</sup>只要是处于同一种目的商品,无论其类型、重量、规格、型号等如何均为同一种商品。<sup>②</sup>因此在司法实践中,将名称相同的商品认定为“同一种商品”一般不存在争议。有较大争议的是,如何将“名称不同但指同一事物的商品”视为“同一种商品”。

根据《知产意见》第5条规定,“名称不同但指同一事物的商品”是指在功能、用途、主要原料、消费对象、销售渠道等方面相同或基本相同,相关公众一般认为是同一种事物的商品。但有学者认为“这些内容通过感性认识是很难准确判断的,而是需要深思熟虑、仔细甄别”。<sup>③</sup>笔者认为,在具体操作上应当如下明确。其一,在商品客观内容上的判断,我们需要对其功能、用途、原料等作准确比较。其二,在主观判断上,“相关公众”应当仅限于与商标所标识的某类商品发生联系的消费者,而不能是“无关的”消费者。

2.“相同商标”的认定。“相同商标”如何界定是司法实践中认定假冒注册商标罪中的难点所在,对此,学界形成了“相同商标”认定标准的狭义说与广义说。狭义说认为,商标的“相同”须二者内容与形式完全相同;<sup>④</sup>广义说认为,除形式与内容完全相同之外,“基本相同”的两种商标也是“相同商标”,而“基本相同”的认定标准是“足以造成商标的误认”。<sup>⑤</sup>2004年最高人民法院和最高人民检察院联合出台的《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》(以下称《知产解释》)是站在了广义说的立场上,但依然有两点值得进一步探讨。

第一,何谓“视觉上基本无差别”?有学者指出,可以根据《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条和第10条的规定进行判断,<sup>⑥</sup>具体来说,需要综合考虑文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色,或者各要素组合后的整体结构等。也有学者主张,根据商标的“实质结构要素”是否改变来判断。<sup>⑦</sup>笔者认为,上述判断标准的一个弊端在于,过于限缩了“基本无差别”的要求。第二,何谓“公众”?若从字面涵义上看,“公众”是指公民、大众。很显然,如果作这种文义解释,势必会将“公众”的范围涵摄于所有公民。笔者认为,这里的“公众”应当是指与某种商品存在市场联系的人。

3.“情节严重”的认定。假冒注册商标罪是一种情节犯,以是否达到“情节严重”作为罪与非罪的界限,根据《知产解释》关于“情节严重”的具体规定,如何认定非法经营数额、违法所得数额,以及如何辨别它们与销售金额的不同,成为认定本罪成立与否的关键。

根据《知产解释》第12条对“非法经营数额”的规定,从行为人着手实施侵犯知识产权行为,直到该行为彻底结束,其间任何一种行为只要能产生价值属性均可被视为“非法经营”。至于“违法所得数额”,一般是指行为人从违法活动中获取的非法营利,其范围小于“非法经营数额”,可算是后者的一部分。另外,从《知产解释》对两种数额的具体规定上看,同一量刑情形下,“违法所得数额”也是要小于“非法经营数额”的,这也证实了两种数额在实质上的包含关系。“销售金额”,发生在非法经营的销售阶段,也是“非法经营数额”的下属概念,一般是指销售假冒注册商标的商品后的实际所得,它与“违法所得数额”的不同之处在于,后者仅指扣除成本后的非法营利,且不限于销售阶段。综上所述,三者之间的关系是:“销售金额”仅是行为人在实施侵犯知识产权行为过程中销售阶段的“非法经营数额”,是“非法经营数额”中最小的一部分;“违法所得数额”是“非法经营数额”中扣除所有成本,仅计算盈利部分。

上述“杭州首例‘商标碰瓷’案”之所以没有被判处刑罚,关键在于被告人江某并没有利用假冒的商标进行非法经营,也没有从中获得非法利益,他只是出于不正当竞争的目的,打压同类营业者,妨害对方

①参见王作富主编:《刑法分则实务研究》,中国方正出版社2003年版,第791页。

②参见孙国祥、魏昌东:《经济刑法研究》,法律出版社2005年版,第496页。

③参见李振林:《假冒注册商标罪之“同一种商品”认定》,载《法律适用》2015年第7期。

④参见朱孝清:《略论惩治假冒商标犯罪的几个问题》,载《法学》1994年第2期。

⑤参见高晓莹:《侵犯知识产权犯罪的认定与处理》,中国检察出版社1998年版,第49页。

⑥参见侯克鹏:《假冒注册商标罪若干问题探讨》,华东政法大学2012年硕士学位论文,第7页。

⑦参见涂龙科:《假冒注册商标罪的司法疑难与理论解答》,载《政治与法律》2014年第10期。

的正常营业,因此缺乏“情节严重”的要素,仍不被视为犯罪。

## (二) 制造虚假商标行为是否构成非法制造注册商标标识罪

这里的“制造虚假商标”并非指制造一个不存在的商标,而是说行为人为了恶意投诉其他商家,制造与真实商标相同或相似的假冒商标。当然,这也与上文提及的冒用商标不同,“冒用”一般是指行为人冒充商标的权利人,而“制造”则是冒充商标本身。从非法制造注册商标标识罪的构成要件上看,构成本罪必须在客观上具备伪造、擅自制造的行为,且达到情节严重的标准。现实中发生的“以假乱真”行为,大多数是“伪造”商标标识行为,因此,关键在于如何认定“情节严重”。根据《知产解释》的规定,“情节严重”必须是非法制造的注册商标标识总量达到具体的件数,或非法经营、违法所得达到具体的数额,如何认定“件数”,直接关系到是否入罪。

目前,学界对于“件数”的认定主要有两种观点:折算说与实际数量说。<sup>①</sup>“折算说”认为,应当以一个完整的商品或包装为标准来计算“件数”,每一个商品或包装上同时印制了多少商标标识不能重复计算。“实际数量说”是指能够评价为完整的一个注册商标标识。近来又有学者提出“区分说”的观点,即应以行为人对其非法制造注册商标标识被使用的方式、范围等情况是否明知作为判断“件数”的标准,若明知,则以“折算说”为标准;若不明知,则以“实际数量说”计算。<sup>②</sup>

笔者认为,“折算说”与“实际数量说”均有各自的缺陷,故而坚持“区分说”的立场,理由如下:其一,当行为人知晓非法制造注册商标标识的使用方式、范围时,说明其主观上对上述商标标识的违法性认识与实际生产的假冒产品的数量是一致的,以“折算说”计算商标标识件数更加符合普通民众的预期。其二,当行为人不知非法制造注册商标标识的使用方式、范围时,不论最终产生的后果多么严重,均未超出其“概括故意”的认识范围,因此以“实际数量说”计算商标标识件数并不违反《知产解释》第12条第3款规定。

## (三) 抢注商标行为是否构成盗窃罪

“商标碰瓷”的另一种常见前置行为是,抢先注册他人已经使用但未注册的商标,在取得上述商标的权利凭证后对在先使用人进行投诉。现实中,学者们对此大多持批判态度。<sup>③</sup>不少学者认为,恶意抢注行为会妨碍他人行使合法权益,<sup>④</sup>是窃取他人财产权利的一种手段,<sup>⑤</sup>那么,恶意抢注商标行为是否符合盗窃罪的构成要件,关键是要看抢注人是否具有非法占有的目的,并窃取他人占有的数额较大财物。<sup>⑥</sup>

1.“非法占有目的”的认定。行为人明知或应知是他人在先使用的商标仍予以注册,是否可认定行为人对该商标具有非法占有目的?从大陆法系刑法理论对“非法占有目的”的认定来看,主要有以下三种理解:一是排除权利者意思说,是指将自己作为财物的所有人进行的目的性支配;二是利用处分意思说,是指按财物经济用途利用或处分;三是折衷说,是指将他人的财物作为自己的所有物(排除意思),并遵从财物的经济用途,对之进行利用(处分意思)。<sup>⑦</sup>

从行为人抢注他人先使用商标的行为来看,具备排除意思是毫无疑问的,至于行为人是否具备利用意思,需要进一步分析。根据学界目前对利用意思的认识,形成了“遵循财物本来的用途”与“遵循财物可能的用途”的分歧。<sup>⑧</sup>如果按照前者对利用意思的理解,则行为人在抢注商标后必须按照商标原有的用途进行使用,那么利用抢注的商标进行恶意投诉显然背离了“本来用途”的宗旨,则行为人不具备利用意思;反之,若按照后者,则行为人具备利用意思。笔者认为,对利用意思的认识,应按照“财物可

<sup>①</sup>参见庄绪龙、包文炯:《论非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪中“件数”的司法认定》,载《中国刑事法杂志》2013年第9期。

<sup>②</sup>参见林前枢、陈静岚:《非法制造注册商标标识罪中“件”的认定》,载《人民法院报》2019年3月21日。

<sup>③</sup>李扬:《我国商标抢注法律界限之重新划定》,载《法商研究》2012年第3期。

<sup>④</sup>参见曹柯:《商标抢注及其规制程序》,载《人民司法》2011年第5期。

<sup>⑤</sup>参见刘燕:《商标抢注行为浅析及防范》,载《政法论坛》2010年第5期。

<sup>⑥</sup>张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第939页。

<sup>⑦</sup>参见刘明祥:《刑法中的非法占有目的》,载《法学研究》2000年第2期。

<sup>⑧</sup>张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第958页。

能具有的用途进行利用或处分”的见解,前者可能过分限缩利用意思的范围。综上,抢注者无疑对抢注的商标具有非法占有的目的。

2.“他人占有”的认定。如前所述,抢注商标是抢先注册他人先使用的商标。那么,他人“在先使用”的商标能不能算作是“他人占有”的商标?根据《商标法》第32条对“在先使用”的规定可知,发生商标抢注申请之时,他人关于该商标的权利已经事先存在,同时该存在状态一直持续,且在商标抢注争议中上述事先存在商标权益的状态也未中断。<sup>①</sup>由此可见,在商标抢注行为发生前,该商标被“他人占有”已是既存事实,因此行为人是通过抢注行为打破原有的占有关系,从而实现新的占有,符合盗窃罪的构成要件之一。因此,若要使抢注行为符合盗窃罪中的“他人占有”,必须是“在先使用”人直接占有的商标。

3.“窃取”的认定。目前,学界关于盗窃罪的成立是否以“秘密”为要件存在较大争议,但在抢注商标行为中,结果的判断并无差异。若站在“公开盗窃说”的立场,则行为人抢注商标行为对于商标局及其后续对公众的公开而言无疑是公开的,符合“窃取”的条件;若站在“秘密盗窃说”的立场,则行为人的抢注商标行为对于商标在先使用人而言无疑是秘密的,也符合“窃取”的条件。故而,抢注商标的行为应当视为盗窃罪中的“窃取”。

4.“数额较大”的认定。能够作为财产犯罪对象的财物,必须具备以下三个特征:一是具有管理可能性;二是具有转移可能性;三是具有价值性。<sup>②</sup>如何认定该商标具有“数额较大”的价值,有如下两种方案:第一,按照已经售出的具有该商标的商品价值计算,类似于按照被害人的实际损失作为认定标准;第二,按照抢注后行为人标注的具有该商标的商品价值计算,类似于按照行为人的违法所得作为认定标准。上述两种方案都具有一定的合理性,但从财产犯罪相关的司法解释来看,对“数额较大”的认定都以被害人的实际损失为标准,因此从契合司法解释的角度来看,方案一更加可取。但单纯的一个商标难以计算价值,必须以该商标承载的商品价值来计算总的数额,以被害人的实际损失作为标准,可能存在扩大或缩小处罚的危机,因为我们难以预知行为人抢注商标和该商品销售额的发展趋势,若销售趋势上涨,可能导致缩小处罚;反之则会扩大处罚。故而,笔者建议按照方案二来认定“数额较大”的标准。当行为人按照标注的价格出售商品时,表明其抢注商标后主观恶性较大,以此作为计算“数额较大”的标准,可充分实现刑罚的效果;当行为人抢注后没有出售该商品,表明行为人没有占有“数额较大”财物价值的意义,可认定其不具备盗窃罪中“数额较大”的构成要件要素。

综上所述,“捷足先登型”“商标碰瓷”的前置行为,符合盗窃罪客观的构成要件要素,如果达到“数额较大”的入罪标准,理应按照盗窃罪定罪处罚。

### 三、“商标碰瓷”的本体行为犯罪与否的评析

如前所述,以恶意投诉为主要手段的“商标碰瓷”的本体行为是指行为人直接向电商平台投诉商家的行为。电商平台基于“通知—删除”的机制,会及时下架该被投诉的商品,从而影响商家正常的经营活动。本文认为,该“商标碰瓷”行为可能构成损害商业信誉、商品声誉罪和破坏生产经营罪。

#### (一)“商标碰瓷”本体行为是否构成损害商业信誉罪

根据《刑法》第221条规定,行为人构成损害商业信誉罪须具备以下几个要素:捏造并散布虚伪的事实;损害信誉或商誉;给他人造成重大损失或其他严重情节。最为关键的是“捏造并散布”和“虚伪事实”两个客观要素。

1.“捏造并散布”的认定。依据目前通说观点,构成本罪必须同时具备捏造和散布两个行为,新近较为有力的观点认为,捏造行为只是本罪的预备行为,<sup>③</sup>只捏造但不散布的,不可能侵害本罪保护的法益,

<sup>①</sup>参见孔祥俊:《商标与不正当竞争法:原理和判例》,法律出版社2009年版,第106页以下。

<sup>②</sup>参见张明楷:《非法获取虚拟财产的行为性质》,载《法学》2015年第3期。

<sup>③</sup>参见参见刘艳红主编:《刑法学(下)》,北京大学出版社2016年版,第174页。

散布才是本罪的实行行为。<sup>①</sup>如果我们从法益侵害的本质来看,本罪保护的法益是商誉,只有散布行为才可能对商誉产生冲击;同理,若行为人没有捏造虚伪事实,只是利用了他人捏造的虚伪事实并肆意传播的,却不认为其构成犯罪,显然也是不合适的。<sup>②</sup>但关键的问题是,如何对法条中“捏造”进行教义学上的解释。有学者主张,对“捏造”之前添加“明知”两字,即将其理解为“明知是捏造的事实并传播的”。<sup>③</sup>但该罪的主观方面本身就是故意,故意所包含的内容当然是需要明知的,这种解释可能导致对构成要素解释的混乱,因此笔者对此并不赞同。

也有学者认为,将“捏造并散布”中的捏造行为,解释为本罪的预备行为,罪状表述的行为可能是构成要件行为,也可能是预备行为,甚至可能只是广义上的行为。<sup>④</sup>如果行为人只是捏造了虚伪事实,但没有“散布”的行为,可认为该行为人只有本罪的预备行为,而没有实行行为,基于刑法中关于预备犯的处罚原则减轻或免除处罚;如果行为人没有自己捏造虚伪的事实,而是利用他人捏造的事实肆意散布的,基于“散布”行为对本罪法益造成的现实紧迫威胁,可认为该行为人具备本罪的实行行为,进而认定其构成犯罪。由此可见,将“捏造并散布”的行为分层次的理解,不仅很好地消解了本罪的成立需要同时具备“捏造”与“散布”行为的争议,而且在认定本罪的实行行为上又不存在解释论的障碍。

由于“商标碰瓷”的前置行为是具备“捏造”行为的,但由于“捏造”只是预备行为,除非该预备行为构成独立预备罪,比如构成假冒注册商标罪、非法制造商标标识罪或盗窃罪时,才可能需要刑法规制,否则,单纯的“捏造”行为在“商标碰瓷”的本体行为中是不作为犯罪处理的。需要进一步论证的是,投诉者向电商平台投诉其他商家时,是否构成“散布”行为。一般认为,“散布”行为要求向社会不特定的多数人散布传播。<sup>⑤</sup>因此,向特定的人或少数人散布虚伪事实的,不得视为“散布”行为。但这一理解将导致不当地缩小对“散布”范围的理解,我们认为,只要向不特定的人“散布”就已足够,至于少数还是多数在所不问。因为现实中完全可能存在,行为人只向特定的几个人散布了虚伪事实,但导致严重损害商家信誉的情形。因此,我们认为,投诉者向电商平台恶意投诉商家的行为,虽然属于向不特定的少数平台“散布”行为,但基于各种电商平台,例如淘宝、京东、拼多多等商业运作的互通性、开放性等特点,完全可能最终使多数人了解这一虚假事实,导致严重损害商家信誉的后果。因此,这种恶意投诉行为可以视为“散布”。

2.“虚伪事实”的认定。“虚伪事实”是指贬低、毁坏他人商业信誉、商品声誉的虚假情况。<sup>⑥</sup>这里的“虚假情况”既可以是半真半假,也可以是全假,但不包括根本不足以令人相信的虚假情况。<sup>⑦</sup>对于“半真半假”与“全假”的情况不难理解,但对“根本不足以令人相信的虚假情况”,要进一步交代。例如,投诉者向电商平台投诉某一商家,控诉对方出售的“北极人”品牌服饰冒充其商标,理由是对方并非北极的人。这样的虚伪事实是不可能被相信的,因为“北极人”商标的意蕴是,穿上这个品牌的服饰,即便在北极也不会感到寒冷,大家不会相信商标的注册人必须是北极的人。因此,散布这样的虚伪事实,不可能达到损害对方商业信誉的结果。另外,也有学者依据类比解释的规则,指出“虚伪事实”不应当包括“根本不可能被人相信的事实”。<sup>⑧</sup>就其结果而言,本文当然是赞同的,但笔者认为其解释理由较为牵强。上述学者的论证逻辑是:本罪与诽谤罪行为结构相似,当散布的事实不足以使他人信以为真时不构成诽谤罪,通过类比,当商业诽谤不足以令人相信时也不构成本罪。但问题是,前者虽然不构成诽谤罪,却仍有可能构成侮辱罪。<sup>⑨</sup>然而,在损害商业信誉行为中,却没有对应的“堵漏”罪名,进而该论者又认为只能按照一般的诋毁商业信誉行为处理。但从实然层面考察,行为人散布这种“根本不足以令人相

①参见张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第830页。

②参见杨绪峰:《损害商业信誉、商品声誉罪的教义学检讨》,载《政治与法律》2019年第2期。

③同②。

④参见张明楷:《刑法分则的解释原理(上)》,中国人民大学出版社2011年版,第491页以下。

⑤参见聂立泽:《扰乱市场秩序罪立案追诉标准与司法认定实务》,中国人民公安大学出版社2010年版,第20页。

⑥参见王庆民等:《论损害商业信誉、商品声誉罪》,载《中国刑事法杂志》2000年第4期。

⑦同②。

⑧参见石聚航:《损害商业信誉、商品声誉罪的规范解释》,载《政治与法律》2018年第8期。

⑨参见张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第920页。

信的虚假情况”是不可能对商业信誉产生损害的,因此依据上述解释理由可能导致扩大不当处罚。

综上所述,“商标碰瓷”的本身行为是完全有可能符合损害商业信誉罪行为方式的,是否需要按照该罪论处,只要根据该行为导致的结果是否达到了对他人商业信誉造成重大损失或情节严重即可判断。

## (二)“商标碰瓷”本身行为是否构成破坏生产经营罪

投诉者利用电商平台的“通知—删除”机制,导致被诉商家的商品下架。那么,这种妨害商家正常网络经营活动的行为是否构成破坏生产经营罪?众所周知,《刑法》第276条对破坏生产经营罪采取的是“列举+概括”的罪状方式。而上述“商标碰瓷”行为能否被视为“其他方法破坏生产经营”,目前,学界形成两种截然相反的立场。“扩张论”的观点认为,在解释网络时代破坏生产经营罪的“其他方法破坏生产经营”时,应当更加注重行为的实质含义,<sup>①</sup>故而核心关键词应进行扩张解释。<sup>②</sup>“限制论”的观点则认为,依然应当坚持“法无明文规定不为罪”,对破坏生产经营罪遵循严格解释的司法逻辑。<sup>③</sup>本文认为,应当从以下两个维度对“其他方法破坏生产经营”进行解释。

1.“其他方法”的认定。无论是“扩张论”还是“限制论”的学者,都主张对“其他方法”采取同类解释的规则,但却导致截然相反的结论。<sup>④</sup>“扩张论”的学者是从行为的危险性或法益侵害性的角度对同类解释规则作的理解,因为恶意投诉行为的效果相当于阻止了顾客购买具体的商品,实质地侵害了商家正常的生产经营秩序,故认为构成本罪;“限制论”的学者则是从行为的强制性角度对同类解释规则作的理解,因为恶意投诉行为不具有“毁坏”“残害”行为的暴力性,故不认为构成本罪。我们应当以实行行为的本质特征作为同类解释的指导原则,并且以实质的法益侵害作为解释结论的目的导向,<sup>⑤</sup>只要“其他方法”能体现破坏生产经营的行为性质,都可以将其认定为破坏生产经营罪。<sup>⑥</sup>“限制论”的主张者也承认,“为了保护法益,必须榨干法条含义,防止罪刑法定原则成为无力解释和懒得解释的借口”。<sup>⑦</sup>因此,将“商标碰瓷”行为解释为破坏生产经营罪中的“其他方法”并无不妥。

2.“破坏”的认定。由于1997年刑法的修改,将破坏生产经营罪规定为财产类犯罪,因此通说将本罪侵犯的法益或客体认为是与财产相关的经济利益,而不是生产经营的正常秩序。<sup>⑧</sup>进而又有学者认为,本罪实际上是故意毁坏财物罪的特殊条款,因此把“破坏”的含义理解为故意毁坏财物罪中的“毁坏”。<sup>⑨</sup>笔者认为,将“破坏”理解为“毁坏”明显缩小了前者的外延和破坏生产经营罪的处罚范围,<sup>⑩</sup>对刑法中“破坏”的理解应当包括以下两方面:一是针对有形物体实施的物理性或功能性毁损;二是针对无形的秩序或某种关系的妨害。显然,破坏生产经营罪中的“破坏”更加接近于对他人正常经营秩序的妨害或者干扰。对此,笔者认为,尽管刑法将破坏生产经营罪规定为财产犯罪,并不意味着本罪侵害的法益只有财产,刑法条文中很多罪名侵犯的是复数法益,例如抢劫罪、绑架罪等,本罪在刑法条文的体系位置只能说明其侵犯的主要法益是财产,而不能直接说明本罪是毁坏财物罪的特殊条款,更不能说明“破坏”等同于“毁坏”。因此,将“商标碰瓷”行为解释为破坏生产经营罪中的“破坏”并无不妥。

综上所述,“商标碰瓷”行为妨害网络商家正常经营秩序的,可以视为与“毁坏机器设备、残害耕畜”行为相同的以“其他方法破坏生产经营”的行为,若符合破坏生产经营立案追诉标准的,则应当对“商标碰瓷”行为以本罪论处。

①参见刘仁文:《网络时代破坏生产经营的刑法理解》,载《法学杂志》2019年第5期。

②参见孙道萃:《破坏生产经营罪的网络化动向与应对》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2016年第1期。

③参见冀洋:《网络时代破坏生产经营罪的司法逻辑》,载《法治研究》2018年第1期。

④前者如高艳东:《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》,载《预防青少年犯罪研究》2016年第2期;李世阳:《互联网时代破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材》,载《华东政法大学学报》2018年第1期。后者如冀洋:《谨防网络时代破坏生产经营罪“口袋化”》,载《检察日报》2018年8月15日;张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第1028页。

⑤参见李世阳:《互联网时代破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材》,载《华东政法大学学报》2018年第1期。

⑥参见朱建华、薛琴琴:《破坏生产经营罪的网络异化与刑法消解》,载《学术探索》2019年第4期。

⑦参见张明楷:《罪刑法定与刑法解释》,北京大学出版社2019年版,第3页。

⑧参见柏浪涛:《破坏生产经营罪问题辨析》,载《中国刑事法杂志》2010年第3期。

⑨张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第1027-1028页。

⑩参见高艳东:《破坏生产经营罪包括妨害业务行为——批量恶意注册账号的处理》,载《预防青少年犯罪研究》2016年第2期。

#### 四、“商标碰瓷”的目的行为犯罪与否的评析

如前所述,“商标碰瓷”的目的行为是为了从被诉商家处谋取不正当利益。从现有案例可知,行为人通常选择在“6.18”“双11”“双诞(旦)”等重要促销节日前夕恶意投诉商家,被诉商家为了保证商品的销量,不得不与投诉者协商,请求其撤回在电商平台的投诉,被迫支付所谓的“补偿费”“使用费”。<sup>①</sup>据淘宝天猫平台2017年公布的数据,“累计已有83个恶意商标曾对超过1.5万家商家的11万件商品进行了恶意投诉,商家因此损失估算数百万元”。<sup>②</sup>有学者表示,“基于网络商业平台的特殊环境和规则,现有的民商手段、行政措施难以制约‘恶意注册—投诉—勒索’行为”。<sup>③</sup>那么,“商标碰瓷”的目的行为是否构成敲诈勒索罪呢?

敲诈勒索罪的基本结构是:对他人实行威胁或恐吓—对方产生恐惧心理—基于恐惧心理处分财产—行为人或第三人取得财产—被害人遭受财产损失。<sup>④</sup>很明显,“商标碰瓷”的目的行为完全符合“敲诈勒索罪”结构链中后四项内容,具有争议的问题是,投诉者的行为是否存在威胁或恐吓。传统意义上敲诈勒索的实行行为表现为使用暴力威胁,或以恶害相通告。从投诉者的行为方式与内容上看,他是向电商平台作出的,控告被诉商家侵犯其合法的知识产权,借助电商平台“通知—删除”的机制,从中非法谋利。因此,本文认为,投诉者不存在、也不可能存在现实的“暴力威胁”手段,因为在网络空间内,“暴力”是指那些言语激进的表达方式。<sup>⑤</sup>那么投诉者的上述行为是否可以被认为“以恶害相通告”?从恶害的内容来看,包括对被害人的生命、身体、自由、名誉等各种与之相关的进行胁迫。<sup>⑥</sup>由于电商平台“通知——删除”机制的存在,被诉商品会被强制下架,并存在15天的等待期,这在现实中很可能成为恶意投诉者进行勒索的最大筹码。<sup>⑦</sup>被诉商家在这段时间内下架商品进而销售停滞,不仅损害未来可期待的利益,甚至会破坏整条营销链的运转。因此,笔者认为,这种“商标碰瓷”行为实际上是对被害人未来的财产性利益进行胁迫,可视为“恶害”的内容。但是,投诉行为是向电商平台作出的,能否视其为对被害人的“通告”?由于敲诈勒索罪的暴力内容可以对第三人实施,只要能产生对被害人胁迫的,不影响本罪的成立,因此我们认为,即便“恶害”的内容是对第三人作出的,但只要被害人知晓该内容后,内心产生恐惧,亦可视为对其本人的“通告”。

综上所述,“商标碰瓷”的目的行为符合敲诈勒索罪客观的构成要件要素,只要非法获取的财物价值达到相应的入罪数额,应当成立敲诈勒索罪。

#### 五、“商标碰瓷”行为法律规制路径选择的分析

“商标碰瓷”的目的行为是为了从被诉商家处获取不正当利益,这也揭示了以恶意投诉为主要手段的“商标碰瓷”行为出现的根本原因在于不当得利的驱使。而这种“碰瓷”行为的产生是充分利用了现有法律规制的漏洞以及平台规制的缺陷。

当前,我国司法实践中,对于“商标碰瓷”行为的法律规制主要涉及两大方向,一是从侵权的角度来看,碰瓷行为人的恶意投诉行为,是对权利人合法权益的侵害。二是从市场竞争的角度来看,碰瓷行为人恶意投诉的不正当竞争行为是对良好市场竞争环境的一种扰乱。下面,笔者将从立法和司法两个层面具体分析。

<sup>①</sup>参见李万祥:《全国首例利用互联网维权机制敲诈勒索案宣判》,载 <http://ip.people.com.cn/GB/n1/2017/0620/c136655-29350408.html>,最后访问日期:2023年1月12日。

<sup>②</sup>吴学安:《共同遏制“恶意挟持”乱象》,载 <http://www.iprchn.com/cipnews/news-content.aspx?newsId=99177>,最后访问日期:2023年1月12日。

<sup>③</sup>吴加明:《敲诈勒索还是行使商标权:刑事实质何以刺破民商事外观》,载《上海法学研究集刊》2019年第5卷。

<sup>④</sup>参见张明楷:《刑法学(下)》(第五版),法律出版社2016年版,第1015页。

<sup>⑤</sup>参见侯学宾:《网络暴力的法律难题》,载《检察日报》2019年12月4日。

<sup>⑥</sup>参见周光权:《刑法分论》(第三版),中国人民大学出版社2016年版,第132页。

<sup>⑦</sup>参见朱宁宁:《网络侵权责任制度仍需进一步完善》,载《法制日报》2019年10月15日。



### (一) 立法层面

如前所述,“商标碰瓷”行为本身并未规定为独立罪名,因此,对其进行刑法规制,需要对其行为、对象、目的、侵害的法益等角度进行分析。在前文中,笔者主要从“商标碰瓷”的前置行为、本体行为、目的行为三个角度对“商标碰瓷”有可能涉及的刑事犯罪类型进行了逐一分析。

由此可见,在网络犯罪的时代背景下,“商标碰瓷”的诸多行为虽然被赋予了新的犯罪外观,但透过现象看本质,我们仍需要从传统犯罪的角度对其进行出罪入罪的分析,即在传统犯罪外观下,充分考虑利用互联网犯罪的诸多新型犯罪手段和行为外衣。

我们知道,利用互联网进行恶意投诉以实现“商标碰瓷”的行为严重影响了正常的网络竞争秩序,侵害了正当权利人的合法权益。这些行为有着民事侵权和不正当竞争的显著外观,但是仅仅依靠民法对其进行规制,很难得到有效的治理和控制,因此,我们应该突破其民事行为的界限,看到其刑事违法的本质,利用刑法对其进行规制,促进互联网大环境健康有序发展,这也是笔者对“商标碰瓷”行为进行刑法学分析的目的之一。

1. 加快“商标碰瓷”行为的入刑进程。法律应当完善对互联网恶意投诉的配套措施,加快完善对利用互联网恶意投诉的“商标碰瓷”违法行为的入刑机制,对于恶意投诉达到了严重的社会危害程度,侵害了权利人的法益时,应当追究行为人的刑事责任。

2. 完善刑事立法。如前文所述,现有刑法的很多罪名,在经过合理解释后,可以将其适用于当前“商标碰瓷”行为的刑事追责。但是,刑法违法行为大多数为类型化犯罪,随着互联网发展的日新月异,原有法律条文很难通过解释涵盖到所有犯罪类型和行为。或者说,当出现新型的网络犯罪时,我们不应该仅仅停留在被动的利用原有法律去扩大解释,对其进行出罪入罪的分析,<sup>①</sup>我们应该主动的去完善立法,通过增加新的罪名和罪状,把传统的刑法条文发展到与新型互联网发展背景相适应。<sup>②</sup>这一方面,可以解决因不同解释立场和手段导致对同一新型“商标碰瓷”的行为是否触犯刑法难以定性的问题,另一方面,在刑法条文中,新增设罪名和罪状,可以更加直接的适用刑法条文,对具有实质违法性的“商标碰瓷”行为更加迅速、准确的进行出罪入罪的分析。

### (二) 司法层面

1. 完善司法解释。法律有其滞后性,而司法解释是弥补其滞后性的有效举措之一。在日新月异的网络生活环境下,犯罪手段和形式也发生了不同程度的革新,刑事立法不可能事事走在犯罪手段变化的前沿,当新型犯罪形式出现时,我们可以通过司法解释对其进行有效的刑法规制。

比如,以破坏生产经营罪为例,我国现有刑法存在诸多以“其他方式”作为兜底的表达方式,传统犯罪的适用不再赘述,对于利用互联网进行恶意投诉的“商标碰瓷”行为,只要对行为外观的解释站在了客观解释的立场,符合法益保护的目,未超出文义解释的最大边界范围,就应当认定为符合罪刑法定的合理解释。<sup>③</sup>

再比如,对于互联网恶意投诉行为,大部分法院更倾向于引用《反不正当竞争法》的相关规定,司法机关在具体的司法适用过程中,可以在合理范围内突破文义解释,进行合理的推理,规避法律语言的模糊性,对适用《反不正当竞争法》的主体范围进行合理的扩张,而不仅仅是局限于直接竞争者,可以扩张至虽与经营者没有直接的竞争关系,但与其存在一定联系的其他市场参与者,<sup>④</sup>比如职业碰瓷人、职业恶意投诉的空壳公司、知识产权代理公司等。

2. 提高司法能动性。在弥补立法滞后性的举措中,除了司法解释之外,发挥司法机关的能动性则具有更高的灵活性。

一方面,司法机关可以适用多元化的调解机制,在诉前,扩大调解的范围和力度,可以采取担保、反

<sup>①</sup>参见周赞:《司法能动性与司法能动主义》,载《政法论坛》2011年第1期。

<sup>②</sup>参见王安异:《对刑法兜底条款的解释》,载《环球法律评论》2016年第5期。

<sup>③</sup>参见李世阳:《互联网时代破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材》,载《华东政法大学学报》2018年第1期。

<sup>④</sup>参见汤慧:《网络交易中恶意投诉的法律规制》,载《盐城工学院学报(社会科学版)》2020年第1期。

担保的制度,要求权利人或者网络平台经营者在适当情况和合理范围内提供担保。在被投诉对象提供了相应的担保金的条件下,可根据实际情况先予执行对删除、屏蔽、断开链接、终止交易等措施的撤回,尽可能的降低发生恶意投诉事件所带来的负面影响和损失。这在业界,也被称之为“反向保全行为”。<sup>①</sup>

另一方面,最高人民法院可以加快推进指导案例的发布,把具有开创性、典型性的“商标碰瓷”行为入刑的案例作为指导性案例在全国范围内发布,以推进对“商标碰瓷”行为出罪入罪以及对其进行刑法归责的规范性和有效性。

---

**Subject:** Criminal Jurisprudence Thinking on the Behavior of "Trademark Blackmail—From the Perspective of Malicious Complaints on the Internet as the Main Means

**Author & unit:** TONG Wei Hua, CONG Xing (Law School, Hainan University, Haikou Hainan 570028, China)

**Abstract:** Under the background of increasingly rampant cyber crime, the use of the Internet malicious complaint means to carry out the phenomenon of "trademark blackmail" is more common, "trademark blackmail" behavior not only has the appearance of civil behavior, in many cases, also has substantial illegality. The author divides the "trademark blackmail" behavior into prepositional behavior, ontological behavior and purpose behavior. Prepositional behavior refers to that the actor disguises himself as the owner of "legitimate" intellectual property rights (mainly trademark rights). Ontological behavior refers to that the actor submits his "legitimate" lawsuit request to the third-party service platform. The purpose act refers to that the doer negotiates with the merchant to seek illegal benefits. Among them, the crimes involved in the prepositional behavior mainly include the crime of counterfeiting registered trademark, the crime of illegally manufacturing registered trademark signs, and the crime of theft. The crimes involved in ontological behavior mainly include the crime of damaging commercial reputation, the crime of destroying production and management. The crime involved in the purpose behavior is mainly extortion. Although the act of "trademark blackmail" itself is not stipulated as an independent crime, we should analyze it subjectively and objectively to see the criminal nature behind its civil illegal nature. At the legislative level, on the one hand, we will speed up the criminal punishment of "trademark infringing on porcelain" with serious social harm. On the other hand, the new accusations and charges can be more directly applied to the provisions of the criminal law. At the judicial level, we should give full play to the judicial initiative. On the one hand, under the principle of not violating the legality of crimes, it expands the interpretation of legal provisions, so that the new means and appearance of crimes can be included in the scope of existing criminal law regulation as much as possible.

**Key words:** trademark blackmail; internet malicious complaint; prepositional behavior; ontological behavior; purpose behavior; legislative level; judicial level

---

[责任编辑:刘加良]

---

<sup>①</sup>参见林秀芹、李超光:《电商环境下“通知—删除”运行生态衍变阐释与重构》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2021年第3期。