

对《是欺诈消费者还是形象侵权?》一文的讨论

来源: [香港商标注册](#)

专注国外商标注册, 但是国内的对《是欺诈消费者还是形象侵权?》一文的讨论还是值得关注.

案情回放

2011年11月24日, 本版登载了《是欺诈消费者还是形象侵权?》一文, 文中所述案情为: 某购物广场开办者应某以每桶49元的价格从某食物城购进南京ZY粮油工程有限公司(以下简称南京ZY公司)生产的福盈门5升一级大豆食用油80桶, 经该县质监局计量所检测, 这批食用油的实际含量为4.628升。至案发时, 应某的超市以49.9元的价格售出上述福盈门大豆食用油22桶, 原标价为每桶59.50元。经查, 福临门是中粮集团有限公司(以下简称中粮公司)的注册形象。南京ZY公司生产的福盈门大豆食用油外包装同中粮公司的福临门大豆食用油外包装基本相同。

办案职员对如哪里理此案有两种不同意见。第一种意见认为, 应某形成《欺诈消费者行为处罚办法》第三条第(二)项所指的“采取虚假或者其他不正当手段使销售的商品重量不足的”违法行为。第二种意见则认为, 应某形成《形象法》第五十二条第(二)项所指的“销售侵犯别人注册形象专用权的商品的”行为。原文作者同意第二种意见。

讨论意见

(一)

经盘问, 中粮公司在形象注册用商品与服务国外分类第2908组食用油脂商品上, 拥有第690278号等5件福临门注册形象。这5件福临门注册形象均为繁体汉字, 首字“福”利用了与其他二字不同的字体, 字体也稍微大一些(如图1)。2001年8月2日, 张家港某公司在食用油脂等商品上, 提出第1943546号福盈门形象注册申请, 该形象初审公告后被提出贰言。2006年8月7日, 形象局作出2006形象异字第02251号形象贰言裁定书, 认为福盈门形象与福临门及图形象, 虽同含有“福”、“门”二字, 但两形象在文句形成、呼叫及寄义上均有区别, 整体显著特征不同, 不形成近似形象, 同时用于食用油脂等商品上不会造成消费者的误认。据此, 形象局裁定核准第1943546号福盈门形象注册()。

涉案福盈门大豆食用油是否属侵权商品，应看其标注利用“福盈门”字样的方式。原文未详细先容涉案福盈门形象的利用情况，经查阅网上有关该案的报道，笔者核实了以下两点现实。

1. 南京ZY公司实际利用的福盈門形象，与第1943546号福盈门形象图样差异很大，突出了“福”字而非“盈”字；“福”、“门”二字利用与福臨門注册形象相同的繁体字，模仿福臨門注册形象的陈迹明显（如图3）。基于福臨門食用油较高的知名度，以及福臨門注册形象“福”字突出的显著性，普通消费者施以普通注意力，在隔离观察的情况下，易将涉案食用油实际利用的福盈門形象与福臨門注册形象混淆，应认定二者为近似形象。是以，涉案福盈門大豆食用油属于侵犯福臨門注册形象专用权的商品。

2. 涉案福盈門大豆食用油标注了“净含量5L”字样，但经检测实际含量为4.628升，属虚假标注净含量（重量不足）的预包装食品。

本案当事人应某销售侵犯注册形象专用权且重量不足的预包装食品，属于一个行为违背或触及多个法条：一是《形象法》第五十二条第（二）项和第五十三条、《形象法实验条例》第五十二条。二是欺压性国度标准《预包装食品标签通则》（GB7718—2004）第4.4条有关“预包装食品标签的所有内容，不得以虚假、使消费者误解或欺骗性的文句、图形等方式先容食物”的规定，《标准化法》第十四条有关“不符合欺压性标准的产物，禁止生产、销售和进口”的规定，以及《标准化法》第二十条、《标准化法实验条例》第三十三条第二款相关处罚规定。三是国务院《工业产物质量责任条例》第二十四条第一款第（七）项对经销违背国度计量法规要求的产物的处罚规定。四是《食品安全法》第四十八条第三款有关“食物和食物添加剂与其标签、说明书所载明的内容不符的，不得上市销售”的规定，以考中八十六条第（二）项对“生产运作标签不符合本法规定的预包装食品”的处罚规定。五是《消费者权益保护法》第五十条第（九）项有关“条文、法规规定的对损害消费者权益该当予以处罚的其他情形”。

前述第2类至第5类法条，均与经销重量不足的预包装食品相关，形成法条穿插竞合。个中，《消费者权益保护法》第五十条明确规定，其他条文、法规对处罚部门和处罚方式尚有规定的，凭据相关条文、法规执行，是以，本案不能直接适用《消费者权益保护法》第五十条实验行政处罚。《食品安全法》第八十六条所设定的处罚方式，涵盖了《标准化法》第二十条、《标准化法实验条例》第三十三条第二款、《工业产物质量责任条例》第二十四条所规定的行政处罚方式，且处罚力度更大，是以，对经销重量不足的预包装食品的行为，应适用《食品安全法》第四十八条第三款、第八十六条第（二）项定性处罚。

本案当事人销售侵犯注册形象专用权且重量不足的预包装食品，还形成销售侵犯注册形象专用权的

商品与运作标签不符合规定的食物的想象竞合违法。对当事人的涉案行为，工商部门宜根据“分别适用但同种处罚不重复”的原则，指出其违法属性并实施行政处罚，但罚款处罚仅适用法定罚款力度更大的《食品安全法》第八十六条。工商部门应根据《形象法》第五十二条、第五十三条，责令当事人停止形象侵权行为，没收侵权且重量不足的58桶预包装食品（80桶进货量减去22桶销售量）；根据《食品安全法》第四十八条第三款、第八十六条第（二）项，没收当事人销售22桶涉案食用油的19.8元违法所得（每桶0.9元的差价×22桶），并处2000元以上5万元以下的罚款。这是由于《食品安全法》第八十六条规定，违法生产运作的食物货值金额不足1万元的，并处2000元以上5万元以下罚款。本案80桶食用油的货值，按每桶49.9元的实际销售价格计算，为3992元，不足1万元。

（二）

笔者认为，应某销售重量不足的大豆食用油的行爲，违背了《消费者权益保护法》，依据该法第四十条、第五十条的规定，必须承担相应的民事责任、行政责任。

最高人民法院《关于审理形象民事纠纷案件适用条文若干问题的解释》（法释〔2002〕32号）第九条第二款规定：“形象法第五十二条第（一）项规定的形象近似，是指被控侵权的形象与原告的注册形象相比较，其文句的字形、读音、寄义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构类似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关民众对商品的来源迸发误认或者认为其来源与原告注册形象的商品有特定的联系。”第十条规定：“人民法院依据形象法第五十二条第（一）项的规定，认定形象相同或者近似按照以下原则进行：（一）以相关民众的日常注意力为标准；（二）既要进行对形象的整体比对，又要进行对形象首要部分的比对，比对该当在比对对象隔离的状态下分别进行；（三）判断形象是否近似，该当考虑请求保护注册形象的显著性和知名度。”对福盈门与福临门两件形象进行比较，能够确认两件形象都带有“福”字，都是3个字，且状态、字形、发音和寄义均近似，利用商种类类相同。南京ZY公司生产的福盈门大豆食用油的外包装同中粮公司的福临门大豆食用油的外包装基本相同，易使相关民众对商品的来源迸发混淆、误认。根据以上情形，可认定福盈门与福临门形成近似形象。

南京ZY公司未经中粮公司许可，在大豆食用油商品上利用与福临门形象近似的福盈门形象，形成《形象法》第五十二条第（一）项所指的侵权行为。当事人应某的行为属于《形象法》第五十二条第（二）项规定的“销售侵犯注册形象专用权的商品的”的行为。

综上所述，当事人应某销售重量不足的福盈门大豆食用油行为，蕴含两个违法现实，一是销售重量不

足的大豆食用油，二是形象侵权，形成想象竞合。对应某实验行政处罚时，应按照“分别适用但同种处罚不重复”的原则定性处罚，即分别适用《消费者权益保护法》第五十条规定、《形象法》第五十二条第（二）项、第五十三条及《形象法实施条例》第五十二条的规定定性处罚，但同种处罚仅适用法定处罚力度最大的法条实验一次。

（三）

1. 当事人的行为违背了《定量包装商品计量监督管理办法》第九条的规定，可移送质监部门依法处置惩罚。2004年12月1日施行的《零售商品称重计量监督管理办法》第二条第四款规定：“定量包装商品的生产、经销以及对其的计量监督该当遵守《定量包装商品计量监督规定》（以下简称《规定》）。”该规定能够视为工商部门与质监部门就定量包装商品计量监管权限作出的明确分工。《规定》第三条第二款规定：“县级以上处所质量技术监督部门对本行政地域内定量包装商品的计量工作实验监督管理。”是以，除条文法规特别规定外，工商部门对定量包装商品计量的监督日常不具有统领权。同时，相对于《欺诈骗消费者行为处罚办法》而言，《规定》属于特别规定。对照《规定》第二条第二款的规定，涉案食用大豆油属于定量包装商品，是以，依据《规定》第九条、第十八条的规定，质监部门可依据《规定》对当事人的行为作出行政处罚。

2. 当事人的行为涉嫌形成形象侵权行为。如原文所述，福盈门与注册形象福临门的读音、寄义较为近似，当事人的行为涉嫌形成《形象法》第五十二条第（二）项所指的形象侵权行为。但需注意的是，武汉市高级人民法院《关于审理形象民事纠纷案件若干问题的解答》第11点就形象近似的认定明确指出：“足以造成相关民众的混淆、误认是形成形象近似的需求条件。仅形象文句、图案近似，但不足以造成相关民众混淆、误认的，不形成形象近似，在形象近似判断中该当对是否足以造成相关民众的混淆、误认进行认定。”办案部门在认定形象是否近似时，该当对照上述要求谨慎认定。

3. 当事人的行为涉嫌形成利用与知名商品近似的包装的不正当竞争行为。作者在原文中指出：“南京ZY公司生产的福盈门大豆食用油的外包装同中粮公司的福临门大豆食用油的外包装基本相同。”工商部门还该当依据《反不正当竞争法》第五条第（二）项的规定，对当事人利用与知名商品近似的包装，造成和别人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的行为进行认定，依法予以行政处罚。

如果当事人的行为同时形成上述两个以上的违法行为，属于行政处罚中的想象竞合，该当凭据相关条

文法规的规定，按“择一重处”的原则实验行政处罚。

(四)

笔者认为，应某销售的福盈门大豆食用油并未侵犯中粮公司的福临门注册形象专用权，福盈门与福临门不形成近似形象。

笔者登录中国形象网盘问的结果显示，江苏省张家港保税区某国外贸易有限公司经形象局核准，获得第1943546号福盈门注册形象专用权，核定利用商品为食用油脂等，专用权期限为2002年9月28日至2012年9月27日。换言之，形象局在形象注册审查和核准工作中，也不认定福盈门与福临门在统一商品上利用，形成近似形象。

综上，应某销售的福盈门大豆食用油并未侵犯中粮公司的福临门注册形象专用权，反倒涉嫌侵犯张家港保税区某国外贸易有限公司的福盈门注册形象专用权。

应某销售的大豆食用油标注净含量5升，经检测实际含量为4.628升。此种销售者销售的商品数量或者含量不足的行为，自《操奇逐赢处罚条例》废止后，工商部门执法遭遇条文上的空白。《城乡集市贸易管理办法》规定的“短尺少秤”行为，是在集贸市场业务中发生的。应某的销售行为不是发生在集贸市场业务中。国度工商总局《关于对〈反不正当竞争法〉第五条第（四）项所列举的行为之外的虚假表示行为如何定性处置惩罚问题的答复》（工商公字〔2007〕220号）指出：“运作者在商品上对商品的安全标准、利用性能、用途、规格、等级、首要成分和含量、生产日期、有效期限、保质期等与商品质量相关的内容作虚假表示的，误导民众，扰乱市场竞争秩序，违背了《反不正当竞争法》第五条第（四）项的规定，形成虚假表示行为，工商行政管理部门能够凭据《反不正当竞争法》第二十一条的规定予以处罚。”显然，应某不属于答复中所指的“运作者”。《消费者权益保护法》第五十条第（七）项规定的情形，销售者必须具有“故意拖延或者无理拒绝的”要件。在本案中，没有证据证明应某抵消费者提出的补足商品数量的要求有“故意拖延或者无理拒绝的”行为。是以，笔者认为，对应某销售涉案大豆食用油的行爲，工商部门不宜自发介入（除非接到消费者的投诉或者举报），应加以行政指导，并要求其自行纠正。

友情链接：[商标转让](#)

内容来源网络，如有侵权，请联系作者