

知识产权刑法保护的国际标准

康均心, 邹江江

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

摘要:在全球化背景下,知识产权保护制度已成为国与国之间利益分歧的争议焦点之一。中国自从加入世界贸易组织(WTO)10年来,对所承诺《TRIPS 协定》中知识产权的刑法保护义务已通过国内法逐步得到落实。然而随着国际知识经济的加速发展,《TRIPS 协定》所代表的国际标准被西方发达国家不断提高,这无疑对中国经济发展产生重大影响,也同时对中国刑法相关规定带来了挑战。如何有效地利用知识产权保护制度来合理保护中国经济利益值得研究。文章对《TRIPS 协定》及其相关刑事条款进行了准确解读,以期有利于明晰国内立法的不合和契合之处,从而最终服务于中国立法。

关键词:TRIPS 协定;知识产权;刑法保护

中图分类号:DF623

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2012)06-0108-06

知识产权保护有其国际性与国内性,一国的知识产权制度,当首先服务于本国的政治、经济与文化目标,但知识产权的客体——知识产品有着能够在任何范围内自由流动的特点,特别是在国际之间的经济、技术、文化之间的交流和合作日益扩大并日趋深入的现代社会,知识产权产品的国际流通成为不可抗拒的潮流,知识产权制度也随之进入了国际保护阶段。

迄今为止,知识产权的国际保护制度已经发展得相当完善,绝大部分国家的知识产权制度都已经融入国际知识产权制度体系之中。国际知识产权制度的一个重要特点就是符合国际知识产权公约的最低标准,这就使得各国知识产权制度在很多方面有日益接近的趋势。尤其在《与贸易相关的知识产权协定》(《TRIPS 协定》)签署以后,由于该规定制定了各国关于知识产权保护的强制性标准,20世纪90年代,诸多国家进行了知识产权的制度变革,以适应《TRIPS 协定》的强制性标准。《TRIPS 协定》的相关规定业已成为知识产权保护的国际标准^[1]。

作为保护知识产权的重要方面,刑事法律措施的动用已成为国际共识,刑法保护知识产权的必要性几无怀疑。为此,《TRIPS 协定》第61条规定:“全体成员均应提供刑事程序及刑事处罚,至少对有意以商业规模假冒商标和对版权盗版的情况是如此。可以采用的救济应包括处以足够起威慑作用的监禁,可处以罚金,可二者并处,并以适合于相应严重罪行的惩罚标准为限,在适当场合,可采用的救济还应包括扣留、没收或销毁侵权商品以及主要用于从事上述犯罪活动的原料及工具。成员国可规定将刑事程序及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况,尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况。”该条款为强制采纳条款,任何成员都有义务履行而不得有保留和例外。

收稿日期:2011-12-26

基金项目:国家社科基金项目“中国金融安全的刑法保护”(09BFX069)

作者简介:康均心(1968-),男,武汉大学法学院副院长,教授,博士研究生导师;邹江江(1982-),男,武汉大学法学院刑法学博士生,美国乔治·华盛顿大学法学院(George Washington University Law School)2011-2012年访问学者,主要从事国际刑法学研究。

需要说明的是,对知识产权的国际保护不能过于追求国际一致性,这不意味着地域性特征的消失——不是在一国之中应无条件地保护依他国法律而产生的知识产权。无限地放大知识产权国际保护程度将会损害本国的利益,即不能把国际条约的一切,甚至发达国家的要求当成国际标准。国际公约的条文分为实体和行政两部分,实体部分又分为“最低要求条款”、“可选择条款”。行政条款是公约国必须承认的。在实体条款中,只有“最低要求条款”才属于知识产权保护的“国际标准”^[2]。

一、《TRIPS 协定》的刑事法律措施标准的出台经过

考察《TRIPS 协定》的谈判历史就会发现,协定的形成过程是一个发达国家步步紧逼而发展中国家步步妥协的过程。1987 年初决定乌拉圭回合部长会议时,知识产权是否应当纳入会议讨论,还是一个完全不清楚的问题,发达国家和发展中国家之间意见分歧很大,但发达国家的坚持使知识产权最终作为议题而被列入会议议程^①。当然这也与国际经济贸易的发展背景紧密相关,无论是货物贸易还是服务贸易,都与知识产权密不可分。货物贸易和服务贸易需要以商标作为识别依据,而高额的专利费用更是国际贸易的重要利润来源,保护国际贸易,相当重要的方面就是保护贸易所依赖的知识产权。

由于刑法是其他所有部分法的最终制裁力量,同时具有强大威慑性和易于实施性。在知识产权列入议题之后,刑法作为保护知识产权的措施就受到青睐。发达国家极力推进对于知识产权的刑法保护,力主各缔约国应当制定知识产权的刑法保护条款。在发达国家的坚持要求之下,知识产权的刑法保护已经成为国际共识,乌拉圭回合谈判遂决定拟定知识产权的刑事保护条款。

但在何种程度上进行知识产权的刑事保护及如何设定知识产权刑法保护的最低限度等问题上,各国之间意见分歧十分重大,从《TRIPS 协定》相关条文的变迁上便可窥见一斑。《TRIPS 协定》的条文主要是由“TRIPS 协定谈判组”在各代表团议案基础上反复谈判而拟定的。在乌拉圭回合谈判中,知识产权是新提出的问题,由于参与谈判的代表对如何拟定知识产权协定条文并不熟悉,所以各国的代表团单独或联合提出自己的议案,为了能使谈判顺利进行,在谈判组主席于 1990 年 7 月 23 日提出的工作报告的附件中,有一份对谈判小组各代表团所提出的议案进行比对基础上的合成文本,其中包含了一些可供选择的条款,以便作为谈判的基础,这就是“W/76”草案。同年 12 月,在布鲁塞尔的部长会议上,由协定草案传输给该会议,提出了供谈判用的一份草案(布鲁塞尔草案),布鲁塞尔会议之后,1991

年 12 月又提出了供谈判用的最后一份草案(the Draft Final Act),这份草案与最终的文本并无差别,参与谈判国家只能选择是否接受^{[3]40}。从这几个草案的比对中可以看出《TRIPS 协定》相关条文的演变轨迹。

(一)“W/76”草案的相关规定

在“W/76”草案中,相关刑事条款规定如下:“全体成员均应提供刑事程序及刑事处罚,对于有意【以商业规模假冒商标或对版权盗版的情况】【以商业规模侵犯商标和版权】【以商业规模侵犯与本条约有关的知识产权】是如此。可以采用的救济应包括处以足够起有效威慑作用的监禁,或处以罚金,或二者并处。在适当场合,扣留、没收或销毁侵权商品以及任何【主要用于】【用于】从事上述犯罪活动的物品和手段。成员可规定将刑事程序及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况,尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况。”^②

从这一早期文本可以看出:协定各参与国对于动用刑事手段保护知识产权并无争议,对于“有意”及“商业规模”的要件也没有争议,重点争议在于刑事措施禁止的主要范围。草案提供了三种主要的选择模式,最窄的是第一种“以商业规模假冒商标或对版权盗版的情况”;其次是第二种“以商业规模侵犯商标和版权”;范围最宽的是第三种“以商业规模侵犯与本条约有关的知识产权”。

对于第三种以商业规模侵犯所有知识产权的行为均应归属于刑事犯罪的意见,这在当时遭到了不少国家的反对,其理由主要是:国家不应动用公权力对所有知识产权侵权行为采取规制,知识产权是私权,国家不应过渡介入,在遇到侵权纠纷时,应当首先考虑民事的救济机制^{[4]37}。现在看来,这一最低条款的要求也不具有可操作性,发展中国家不可能耗费巨大的司法资源用以介入所有的知识产权侵权纠纷。此外,对于专利和商业秘密的侵权行为动用刑法保护也为众多国家反对,专利和商业秘密历来为知识产权大国重点保护的对象,也是这些国家获取国际贸易利润的主要手段,而相当的发展中国家在这两方面缺乏自主的权利,对这两方面的侵权行为动用刑法保护是这些国家极力反对的,因而第三种选择首先被排除。

第二种意见遇到了与第三种意见同样的问题,虽然回避了专利与商业秘密的刑法保护,但对商标和著作权的所有侵权行为均可动用刑法手段,仍为众多国家不能接受。不同的侵权手段之间其危害和社会影响均有显著不同,蓄意和商业规模的限制并不能形成侵权行为的危害程度的有效限定,刑法的全面干涉并不可取,而对司法实际效果不佳的担忧

^①Lars Anell, Forword, in Daniel Gervais, The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis, London Sweet & Maxwell, 1998, p. vii f. 需要说明的是这本书是在 TRIPS 协定研究下最为常用的著作之一,包含了许多与 TRIPS 协定相关的最早的文件。

^②引文中中括号是提交谈判供选择的内容。

也使各国最终放弃了这一选择。

最终,各国的意见一致认为“以商业规模假冒商标或对版权盗版的情况”应当受到刑法的打击。究其原因,假冒商标的行为和版权盗版的行为是商标和著作权最为主要的侵权行为,其直接侵害了权利人的获利途径,同时对权利人的进一步获利带来了极大的负面效果,而蓄意和商业规模的限制更增添了该两类侵权行为的现实危害。尤其重要的是,其他的侵权方式,被侵权者可以通过民事诉讼获得有效的经济补偿,而在从盗版和伪造案件中,被侵权者虽然有权主张赔偿,但是在实践中真正获得赔偿很难。这也部分说明了,在谈判中为什么刑事措施被认为是必要的:只有在刑事案件中,盗版者和伪造者的无力给付才很难成为一个有效的辩护理由。这样,虽然谈判各方对刑事保护的最终范围可能存在争议,但是,对盗版和伪造行为的犯罪化却达成了共识。

这一条款的选择充分反映了发展中国家和发达国家在知识产权保护上的分歧和妥协,发达国家极力推动知识产权的刑事保护,主张各国均应当制定对于各种侵犯知识产权行为的刑事规制条款,但这种主张一方面违背了刑法的基本的谦抑性原则,另一方面在现实司法中也不具有可操作性,反而会导致诸如选择性司法或立法与司法脱节的状况出现,从而最终导致相关条款的丧失效力,而这也是发达国家所不愿意看到的。毕竟刑法乃一国之内法,又属于公法范畴,其动用和实施有赖于国家力量,他国不可能代为之。从这个意义上说,他国刑事法律保护对于本国知识产权保护的意义要远弱于他国相关民事制裁的力度。毕竟公权力的发动与否他国无法有力地干涉。因而知识产权刑法保护的国际标准必须符合全体缔约国的共性要求,设定的最低标准必须具有现实的可操作性,并为各成员国本心接受,而非迫于国际形势或其他利益的诉求勉力为之。

另一个可供选择的选项,即“用于”或“主要用于”的选择,谈判最终选择了“主要用于”,将扣留、没收或销毁的对象范围予以了限制。这一选择并无太大争议,如果只要是用于从事犯罪活动的原料和工具就应当被扣留、没收和销毁,无疑对象范围过于宽大。事实上,用于从事犯罪活动的原料和工具可能兼有其他用途,将之作为非法财产予以处置,可能会侵害公民的合法利益,从而违反有关国家的宪法,将之限定在“主要用于”,反映了该类财产的功用即为犯罪用途,将之处置并无违宪之虞^{[3]52}。

(二)布鲁塞尔草案的相关规定

在布鲁塞尔草案中,该条款的内容已经相当接近于1994年签署的最终文件中的条款内容,其细微差异主要是技术上的处理。可见,布鲁塞尔草案已经对“W/76”草案的条文内容进行了选择,并在此基础上有所增减和修订。其64条规定:“全体成员均应提供刑事程序及刑事处罚,至少对于有意以商业规模假冒商标或对版权盗版的情况是如此。可以采

用的救济应包括处以足够起威慑作用的监禁,或处以罚金,或二者并处,以符合适用于相应严重罪行的惩罚标准为限。在适当场合,可采用的救济还应当包括扣留、没收或销毁侵权商品以及任何主要用于从事上述犯罪活动的原料和工具。成员可规定将刑事程序及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况,尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况。”

有学者将其概括为“两处选择和三处修改”^[5],两处选择如前所述,其三处修改具体表现为:第一句中,增加了“至少”这一用语,反映了该条款的强制适用性和最低限度性,并说明该条款并不妨碍成员国制定刑事程序适用于其他情况;第二句中,删除了“有效”,增加了“以符合适用于相应严重罪行的惩罚标准为限”,此修改扩大了知识产权监禁的适用范围,即不需要“有效的威慑作用”,而只需要有威慑作用即可,从而保障了监禁的现实效果,否则有效与否则难以判断,成员国也难以作出监禁刑设置的合理规定,另外增加了惩罚标准的对比限度,要求刑罚的设置应当与有关犯罪的惩罚标准相协调,从而为相应刑罚的设置提供了参照标准;第三句中,将可以扣留、没收或销毁侵权商品以及任何主要用于从事上述犯罪活动的“物品和手段”修改为“原料和工具”,表述更加准确,毕竟“手段”难以进行相应处置。

(三)刑事条款的最终条文

在布鲁塞尔草案之后,1991年12月谈判组提出了最终草案,并于1993年12月15日获得通过。这份文本与1994年在马拉喀什签署的乌拉圭回合谈判最后文件中包含的《TRIPS协定》的相关条款基本一致,只有个别技术用语有所不同^[5]。在最后签署的协定中,刑事条款位于第三部分“知识产权的执法”中的第五节,只有一条即61条。该条文最终表述为:“全体成员均应提供刑事程序及刑事处罚,至少对有意以商业规模假冒商标和对版权盗版的情况是如此。可以采用的救济应包括处以足够起威慑作用的监禁,可处以罚金,可二者并处,并以适合于相应严重罪行的惩罚标准为限,在适当场合,可采用的救济还应包括扣留、没收或销毁侵权商品以及主要用于从事上述犯罪活动的原料及工具。成员国可规定将刑事程序及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况,尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况。”

该条款的签署表明国际社会关于知识产权的刑法保护的最低标准的正式确立,从中也折射出,所有参加谈判的国家至少还是在两个最重要的要点上达成了妥协和一致。

首先,条约的缔约国都同意,知识产权的保护应当注重适度性,不能过度保护或保护不足,否则都会给国际贸易带来损害^[5]。《TRIPS协定》在前言第一段中规定:本条约的目的在于“期望着减少国际贸易中的扭曲与阻力,考虑到有必要促进对知识产权充分、有效的保护,保证知识产权执法的措施与程序不至于变成合法贸易的障碍”。由此,刑法保护也应当

注意限度的要求,要在公约保障的最低限度之上进行保护,同时根据本国情况避免过度保护状况的出现。

其次,条约缔约国都认为应当保证相关知识产权执法的及时性和有效性^{[4]37}。《TRIPS 协定》第 41 条规定:“本部分所规定的执法程序依照其国内法可以行之有效,以便能够采用有效措施制止任何侵犯本协议所包含的知识产权的行为,包括及时地防止侵权的救济,以及阻止进一步侵权的救济。这些程序的应用方式应避免造成合法贸易的障碍,同时应能够为防止有关程序的滥用提供保障……知识产权的执法程序应公平合理。它们不得过于复杂或花费过高,或包含不合理的时效或无保障的拖延。”条约表现出各缔约国均认为,防治知识产权侵权的重要方式是制止侵害并防止进一步的侵害,为此,刑事保护也应当介入,并在查明侵权手段和方法时发挥作用。

二、《TRIPS 协定》第 61 条的解读

《TRIPS 协定》第 61 条的内容可以分为以下几个方面:首先,刑事制裁范围的划定——“全体成员均应提供刑事程序及刑事处罚,至少对有意以商业规模假冒商标和对版权盗版的情况是如此”。该条将最低限度的刑事处罚范围划定在“有意以商业规模假冒商标和对版权盗版的情况”;其次,刑罚的设定和相关非刑罚处理方法——“可以采用的救济应包括处以足够起威慑作用的监禁,可处以罚金,可二者并处,并以适合于相应严重罪行的惩罚标准为限,在适当场合,可采用的救济还应包括扣留、没收或销毁侵权商品以及主要用于从事上述犯罪活动的原料及工具”。该部分是对知识产权犯罪相关刑罚设置的要求;最后,各成员国的任意规定——“成员国可规定将刑事程序及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况,尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况”。

(一) 刑事制裁的范围

《TRIPS 协定》第 61 条第一款规定,至少对有意以商业规模假冒商标和对版权盗版的情况,全体成员均有义务动用刑事措施。在这里,需要厘清以下几个概念。

1. “有意(wilful)”

“有意(wilful)”这个词的使用,似乎更多地受到了普通法系的影响。有学者认为,它的基本文义是“自愿的”或“故意的”,其意义似乎符合普通法系中罪过因素(the mens rea element)中的犯罪故意^{[4]234}。笔者认为这种观点有道理,《TRIPS 协定》是在以美国为首的英美法系国家的主导下制定的,条文中罪过的因素借鉴英美法系理论完全可以料想。但需要明晰的是,还原到中国的语境下,这里的“有意”指何种罪过?

笔者认为,“有意”与中国的直接故意的范畴应

该一致。首先,在英美法国家中,以美国法中的模范刑法典为例,刑事罪过可以分为几个层次:故意(purposely)、明知(knowingly)、间接故意(recklessness)和过失(negligent)^[6]。故意(purposely)罪过带有明确的主观期望,表明行为人对自己的行为带有明确的认识并有一定的目的性;明知(knowingly)的罪过则表明行为人知晓自己行为的性质,但目的并不明确,对自己行为结果的态度也不明确。间接故意(recklessness)是指没有根据的冒险,其行为人可能会对结果持否定态度,也可能持放任态度。最后过失(negligent)一般是指基于疏忽而没有遇到危险从而实施了过失的犯罪行为^[6]。由此可见,美国法中的故意(purposely)大致相当于中国罪过理论中的直接故意,即对结果的发生持希望态度;明知(knowingly)则包含了中国间接故意中的一部分内容,即知晓自己行为的性质而放任该结果的发生部分;间接故意(recklessness)则指行为人缺乏合理的根据而实施了一个较危险的行为的状况,而这一状况在中国实践中较难以判明,有时属于间接故意,有时应当归属于有认识的犯罪过失,因而间接故意(recklessness)的范围应当包括部分间接故意和有认识的过失;过失(negligent)大致与中国无认识过失的范围相同,不过包含了部分严格责任的内容。

从语义角度分析,有意(wilful)一词来源于“will”。“will”的本意是“意图”、“愿意”,因而包含有目的性的成分。从这个意义上说,其与故意(purposely)的含义应当一致,即对行为及行为结果持希望发生的态度,内心有达到结果的目的。因此,在中国语境下,有意应当视为直接故意,而不能包含为了其他目的而放任假冒商标或盗版行为的主观罪过。

基于此最低要求,TRIPS 协定的成员国应当将直接故意从事商业规模的商标假冒行为和盗版行为规定为犯罪,但中国设定的侵犯著作权罪和假冒商标罪中均包含了“以营业为目的”的要件,这是否低于公约所限定的最低刑事处罚范围呢?2007 年 4 月 9 日,美国就中国知识产权保护问题启动了 WTO 争端解决机制,其中的一项重要指控就是,认为中国刑法对于知识产权犯罪的规定不符合《TRIPS 协定》第 61 条的规定,最重要的理由就是“以营利为目的”的限制不符合《TRIPS 协定》第 61 条关于“wilful”的要求^③。

这里必须明晰的是,有意(wilful)其意图指向的是什么?是否包含了营利目的的限制?从犯罪故意的一般理论来说,故意所内涵的意图即希望的内容是指客观方面的范畴,即所实施的行为及结果的发生,因此这里的意图应当是希望假冒商标的结果和版权盗版的结果出现,并不包含有营利性目的。从这一点看,中国对于营利目的的规定是在 TRIPS 协定条款的范围内额外增添的限制,从而缩小了刑罚

③WT/DS362/1, PP.1-2.

处罚的范围,似乎有违强制性规定。但需要注意的是,《TRIPS 协定》第 61 条规定的客观方面还有一点“商业规模(on a commercial scal)”,意图以商业规模从事假冒商标行为和版权盗版行为是否包含了营利的目的?这里需要对商业规模进行解析。

2. 商业规模(on a commercial scal)

商业规模,根据相关参与立法者的著述,是指所谓的“职业侵权人(professional infringers)”的情形^{[4]234}。何谓职业侵权人?职业,是指以某种行为为业,职业侵权人应当是指以侵权为主要活动者。如果一行为人以侵权为主要活动,其实施了侵权行为当属商业规模。但笔者认为,这一解释过于缩小了商业规模的要件,若行为人以侵权为其主要活动,其行为当可认定为商业规模,但商业规模的侵权行为并不限于职业侵权人的侵权行为,只要实施的侵权行为具有经营性、规模性即可。

“商业规模”从文义解释的角度可以作出两方面的要求:一是商业性。所谓商业性即要求行为人从事的侵权行为是一种经营活动,行为人一方面长期从事该侵权行为;另一方面将其作为营业性的活动,藉此谋取利益。二是规模性。规模性要求行为人实施的侵权行为应当在现实中表现为一定规模,具体何种规模可以视为商业规模应当委之国内法予以量定。

回到上述问题,商业规模的要件要求行为人的侵权行为具有商业经营性,从而从一个侧面反映出行为人应当具备营利的目的,否则行为人就不是有意以商业规模从事侵权行为,当然,也有理论认为,有意的指向范围不包括商业规模的内容,从而排除掉营利目的的限制,学说上的争议在此不再赘述,但至少说明一点,就现在《TRIPS 协定》第 61 条的规定而言,判定中国相关刑事立法与该规定存在抵触不合适。2007 年美国启动的 WTO 争端解决程序的最终结果可为佐证。该案于 2007 年 4 月 9 日由美国提出,2007 年 6 月 7 日至 8 日,美国政府与中国政府磋商未成,9 月 25 日,WTO 决定成立专家组,12 月 13 日进入审理阶段,2008 年 1 月 30 日美国贸易代表公布了第一份正式书面陈述,至 2009 年 1 月 26 日专家组发布最终报告,裁决:美国没有证实中国“刑事门槛”不符合《TRIPS 协定》第 61 条第一句下的义务,由此适用司法经济原则不进一步审查^③。可见,对中国相关刑事立法的指控,缺乏合理理由。

3. 假冒商标和版权盗版(trademark counterfeiting and copyright piracy)

对于这两种行为的解析,必须结合《TRIPS 协定》相关条款的内容,《TRIPS 协定》第 9 条是关于版权权利的条款,该条规定:“各成员国应遵守《伯尔尼公约》(1971)第 1 条至第 21 条及其附录的规定。但是对于该公约第 6 条之二授予或派生的权利,各成员国在本协定项下不享有权利和义务。”该条援引了《伯尔尼公约》的相关内容作为版权保护的规定,我们再溯源到《伯尔尼公约》的相关规定上,该公约第

9 条规定:“一、受本公约保护的文学艺术作品的作者,享有批准以任何方式和采取任何形式复制这些作品的专有权。二、本联盟成员国法律有权允许在某些特殊情况下复制上述作品,只要这种复制不致损害作品的正常使用也不致无故危害作者的合法利益。三、所有录音或录像均应视为本公约所指的复制。”此外,《TRIPS 协定》第 51 条的注释 14 中也对盗版货物作出了规定:“盗版货物指任何如下货物:未经权利持有人同意或未经在生产国获得权利持有人充分授权的人同意而制造的复制品,及直接或间接由一物品制成的货物,如此种复制在进口国法律项下构成对版权或相关权利的侵犯。”根据这几个条文,未经许可的版权复制行为均属公约禁止的内容,当然国内法在特殊状况下做出的许可除外。“piracy”从字面意义上是盗版的意思,未经许可而取之谓之“盗”,“版”即复制。因此,版权盗版行为应当指未经许可的复制行为。至于复制行为的内涵,理论上包含一切可以使作品再现的形式,包括录音录像等。世界知识产权组织在关于著作权法领域立法示范草案中也对“盗版”进行过界定,将供应、销售、出租、出借、或以其他任何方式传播盗版制品的行为均视为“piracy”。可见,盗版行为包含未经许可而复制,也包含未经许可而传播的行为。

《TRIPS 协定》第 16 条是关于商标权保护的内容,该条款第 1 项规定:“注册商标的所有人应有专有权来阻止所有第三方未经其同意在交易过程中对与已获商标注册的货物或服务相同或类似的货物或服务使用相同或类似的标记,如果这种使用可能会产生混淆。若对相同货物或服务使用了相同的标记,则应推定为存在混淆的可能。上述权利不应损害任何现有的优先权,也不应影响各成员以使用为基础授予权利的权利。”这里规定了商标侵权的方式,即“未经其同意在交易过程中对与已获商标注册的货物或服务相同或类似的货物或服务使用相同或类似的标记,如果这种使用可能会产生混淆”。但这种行为并不一定构成商标假冒。所谓假冒,当有着冒充的行为,即不属于该种商标的货物或服务而在该货物上适用该商标。为了假冒有可能性,当将范围限定为“对相同货物或服务使用了相同的标记”,该条款其后规定也反映了这一点。

由此,《TRIPS 协定》所规定的知识产权的最低保护的限度即为此。中国的刑事立法不能够逾越这一范围予以立法,但也不必在此基础上过于拔高,将知识产权犯罪的界限规定得过宽。

(二) 刑罚的设置和非刑罚的处理方法

1. 刑罚的设置

《TRIPS 协定》规定,各缔约国可采用的刑罚救济措施包括“足够起威慑作用的监禁,可处以罚金,可二者并处,并以适合于相应严重罪行的惩罚标准有限”。可见,协定并未限制刑罚的具体方式,而只是规定罚金和监禁刑均可以采用,当然也可以兼采之。但协定的刑罚的程度作了概括的规定,而具体

的实现标准则由各成员国自行决定。《TRIPS 协定》所提出的刑罚的限制主要体现在两个方面。

其一,足够起威慑作用的监禁刑。这里协定并未明确“足够起威慑作用”是如何确定的,公约只是认为监禁刑的制定和判处应当能够威慑社会上的其他人员,使其不敢再实施相关的犯罪,这是刑期设置和量定的下限。一般而言,刑罚的设置必须超越其犯罪所获得的利益,并使犯罪人感受到痛苦。从这个意义上说,对于犯罪人适用缓刑或者非监禁刑并非适当,当然若刑法仅设置罚金作为刑罚,自无判处监禁刑之可能,但罚金的额度也应当高于犯罪人可能获得的收益,以彰显国家对于该类犯罪的打击力度。

其二,以适合于相应严重罪行的惩罚标准为限度。至于判断何谓“相应的严重罪行”均委之与国内法判定,交由各个成员国自行决定。成员国可以在自己的法律框架内寻找相应的标准,从而确定何为“相应严重罪行”。例如,英美国家通行的方法是将知识产权犯罪与盗窃罪予以比对,将盗窃罪规定的刑期作为知识产权犯罪规定刑期的上限(同等犯罪数额下)。

2. 非刑罚的救济措施

《TRIPS 协定》还规定了对于侵权商品以及主要用于从事上述犯罪活动的原料及工具的扣留、没收或销毁措施,以保障对于侵犯知识产权行为的制止力度。在实践中,盗版者和伪造者用来保护自己的唯一方法,就是努力推迟法律行动,直到自己能够在其他地方建立自己的商店。一旦“盗版者”被查明(尽管这也经常是一件困难的事情),如果不对他们立即采取行动,扣押侵权物品和工具,那么,这些工具就很容易被转移,新的工厂就可能在其他地方建立,侵权行为就会继续下去。因此,对于此类侵权行为的一个重要的规制措施就是对于从事犯罪活动和侵权商品的及时处理。

需要注意的是,“扣留、没收或销毁”侵权货物和主要用于犯罪活动的原料及工具的救济并非是强制性的,仅在“适当的情况”下才应当提供此类救济,但何为“适当的情况”则交由一国国内法自行决定。一国宪法可能会对公民的私有财产作出至上的保护,因此此种救济当在何种情况被采纳,协定并没有作出严格的限定。

(三) 成员国的高知识产权保护力度的许可

《TRIPS 协定》第 61 条最后一句“成员国可规定将刑事程序及刑事惩罚适用于侵犯知识产权的其他情况,尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况”,其包含了成员国加大知识产权刑法保护力度的许可,它允许成员国自行决定将刑事程序和刑罚适用于知识产权侵权的其他情况,知识产权的侵权类型不仅包括假冒商标和版权盗版,还包括其他种类的知识产权的侵权和其他类型的侵权方式。公约也提出了自己的期望,即“尤其是有意侵权并以商业规模的情况”,当然这并不是强行性的义务,而只是一项允许规定。

参考文献:

- [1] 冯晓青. 知识产权法哲学[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003: 255.
- [2] 高艳东. 论 TRIPS 视野下刑法对知识产权保护的必要性与限度性[J]. 甘肃政法学院学报, 2003(10): 58-63.
- [3] 莫洪宪, 贺志军. 多维视角下我国知识产权的刑事保护研究[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2009: 40.
- [4] GERVAIS D. The TRIPS agreement: Drafting history and analysis[M]. London Sweet & Maxwell, 1998.
- [5] 王世洲. 关于 TRIPS 刑事责任的研究[M]//王世洲. 关于著作权刑法的世界报告. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.
- [6] 李浩, 李立丰. 美国刑法中主观罪过表现形式初探[J]. 法学评论, 2005(1): 97-101.

International Standards of the Criminal Law Protection on Intellectual Property Right

KANG Junxin, ZOU Jiangjiang

(School of Law, Wuhan University, Wuhan 430072, P. R. China)

Abstract: TRIPS agreement has had great influence on the construction of International Intellectual Property System since its enactment. International standards that TRIPS agreement represents also bring about huge challenges on China's criminal law. What can be done to face this challenge so as to integrate China into this trend of the international intellectual property protection? At first step, TRIPS Agreement should be comprehended with clarity and an accurate interpretation of the related criminal provisions should thereafter be realized, which will be beneficial to analysis on the improper and corresponding points of the domestic related legislation, and thereby better serve our national legislation.

Key words: TRIPS Agreement; criminal law protection; intellectual property

(责任编辑 胡志平)