

·体育社会科学·

TRIPS 协议下中国奥林匹克知识产权的刑法保护

吴瑞

(中国人民公安大学, 北京 100038)

摘 要: 在中国承担 TRIPS 协议义务的背景下, 考察了奥林匹克知识产权保护现状与 TRIPS 协议的差距。以此为基础, 通过文献资料、比较考察、案例分析, 论证了引入刑法保护的必要性, 并针对侵犯奥林匹克知识产权犯罪对象的特殊性, 具体分析了刑法保护的难点与重点问题: 直接侵犯奥林匹克知识产权刑事案件适用法律条款的复合性问题与非直接侵犯奥林匹克知识产权的相关犯罪侵蚀权利人的实体权利问题

关键词: 奥林匹克知识产权; 与贸易有关的知识产权协议; 刑法保护; 中国

中图分类号: G80-05 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-7116(2008)11-0012-04

Issues about legal protection of Olympic intellectual property rights of China under the TRIPS agreement

WU Rui

(Chinese People's Public Security University, Beijing 100038, China)

Abstract: The author introduced the conception of criminal law protection into the area of Olympic intellectual property rights. There is basically no research on such an issue by the academic community in China. Under the background of China undertaking obligations in the TRIPS agreement, the author examined the gap between the current state of protection of Olympic intellectual property rights and the TRIPS agreement. Based on such an examination, the author demonstrated objective necessity to introduce criminal law protection by using methods such as literature study, comparative examination and case analysis, and specifically analyzed difficulties and key issues in criminal law protection by aiming at the specificity of criminal objects that violate Olympic intellectual property rights: complex issues about applicable legal provisions for criminal cases of direct violation of Olympic intellectual property rights, and issues about non direct violation of Olympic intellectual property rights violating entity rights of right holders.

Key words: Olympic intellectual property right; TRIPS agreement; criminal law protection; China

1 TRIPS 协议与奥林匹克知识产权的法律保护

1.1 TRIPS 协议与知识产权的国际保护

“知识产权”, 无论其内涵或者外延, 都有着—个历史嬗变的过程, 这就使得对于知识产权的保护方式与范围呈现出一种明显的趋向性。原始版权保护制度最早起源于我国宋朝(960~1279), 宋神宗继位前朝廷曾颁布有“禁擅铸”的命令^[1]。宋代的一些出版物上还加注有类似于“版权声明”的标记, 表明初版为何人所为, 并有“不许复版”或类似字样^[2]。罗马教皇于

1501年, 法国国王于1507年, 英国国王于1534年分别为印刷出版商颁发过禁止他人翻印其出版之书籍的特许令^[3]。由此可见, 东西方知识产权的早期保护形式均是封建君主授予的具有严格时限和地域的一种“特权”。由于知识产权本身缺乏域外效力, 打破知识产权的地域限制而使其在一国范围之外得到某种程度的保护自然被提上了立法议程。

经过一个多世纪的反复实践, 世界各国逐步认识到原有的知识产权国际保护法律体系不能适应国际贸

收稿日期: 2008-09-18

基金项目: 公安部级公安理论基金项目(2006C042)。

作者简介: 吴瑞(1975-), 男, 博士研究生, 研究方向: 刑事法学及其交叉学科。

易发展的需要,无法形成有效的最低国际保护的协调机制。为此,在美国等发达国家的极力主张下,与贸易有关的知识产权问题被纳入到乌拉圭回合,1994年在马拉喀什签署了建立WTO的最终法律文件,其中一个重要的部分就是《与贸易有关的知识产权协议》,即TRIPS协议。TRIPS协议集中保护了知识产权的7大领域,特别是引入了统一的争端解决机制并且规定了知识产权的刑法保护条款,标志着知识产权的国际保护达到了一个新的高度。

1.2 奥林匹克知识产权体系的整体状况

概括而言,奥林匹克知识产权包括国际奥林匹克委员会的标志、徽记、格言、会歌、旗帜以及奥林匹克、奥运会、奥运等专有名称,还包括申办、举办奥运会期间产生的会徽、吉祥物、歌曲、标识和其他创作成果以及国家奥林匹克委员会的标志、徽记等知识产权^[4]。

《奥林匹克宪章》第7.2条的规定是关于奥林匹克知识产权的原则性规定,为其获得国际保护提供了基本准则。但是,国际奥委会非政府组织的性质决定了《奥林匹克宪章》并不是严格意义上的国际公约,尽管《宪章》为全球范围奥林匹克知识产权的国际保护提供了基本保障。实践中,专门的知识产权公约在对奥林匹克知识产权提供国际保护方面发挥了重要作用。一个典型的例证就是瑞士政府允许奥林匹克会徽作为第16类商标予以注册,随后国际奥委会又以此为基础在世界知识产权组织取得了国际注册^[5],从而使会徽受到了马德里联盟成员国的保护。

蒙特利尔申办奥运会成功后,加拿大奥委会推动加拿大议会于1976年通过法律保护同该届奥运会有关的标志,这是主办国首次通过法律保护同单届奥运会有关的标志^[6]。自1984年洛杉矶奥运会以后,历届奥运会主办国都以国内立法形式对奥林匹克知识产权进行保护。自2001年7月13日北京市获得第29届奥运会主办权以后,中国政府积极采取措施,通过立法加大了对奥林匹克知识产权的保护力度,迄今已形成了一个包括法律、行政法规、规章、司法解释的分层级、多方位的保护体系。

1.3 TRIPS 协议对中国奥林匹克知识产权刑法保护的基本要求

TRIPS协议第61条对各成员在知识产权执法的刑事程序方面做出了原则性的规定,要求各成员均应提供刑事程序以及刑事处罚,至少应对故意以商业规模假冒商标或盗版的情况如此。在此方面可以采用的救济应包括处以足以起威慑作用的监禁,或处以与罪行程度相当的罚金,或二者并处。在适当的情况下,可

采用的救济还包括扣留、没收或者销毁侵权商品以及任何主要用于从事此类犯罪活动的原料和工具^[7]。除假冒商标或盗版以外,WTO还允许各成员将刑事程序以及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况,尤其是故意侵权并且以商业规模侵权的情况。

2 奥林匹克知识产权刑法保护的必要性

所谓奥林匹克知识产权的刑法保护,是指通过刑事立法-司法的有机结合与运行来实现对奥林匹克知识产权的保护,这也是奥林匹克知识产权多种保护方式中强制程度最高、调整手段最为严厉的保护方式。对这一问题进行探讨之前,首先要解决一个重要的前置性问题,那就是奥林匹克知识产权的权利属性与价值位次。如果对奥林匹克知识产权的保护着眼于对遭受侵犯的私权给予救济,那么绝大多数侵权行为仅需诉诸民事救济程序即可;相反,如果对于奥林匹克知识产权的保护立足于对遭受破坏的市场竞争秩序进行修复,那么绝大多数侵权行为可以通过行政救济程序加以解决。对于这两种逻辑判断的取舍不同导致了各国对于在知识产权保护中引入刑事程序的意愿差异巨大。具体到奥林匹克知识产权刑法保护的必要性上,一方面,各种各样的侵犯奥林匹克知识产权案件层出不穷,涉案金额惊人,即使按照传统的财产犯罪的标准都可以将这一领域纳入刑事保护的范畴;另一方面,自北京市申奥成功到本届奥运会结束以及相当长的一段时间内,一个较为独立的“奥运经济圈”将会长期存在,特别是会在奥运会举办前后产生不小的经济总量,对于破坏这一“亚经济圈”正常竞争秩序的行为也确有必要得到相应的刑法规制。在传统的民事救济与行政管理基础上,引入刑法保护并形成“三位一体”的总体保护模式就显得非常必要。

对于奥林匹克知识产权引入刑法保护的必要性基本上体现在3个方面:第一,中国于2001年成为WTO的正式成员并已完成了5年的过渡期,应全面履行包括TRIPS协议在内的国际法义务,而TRIPS协议第61条也明确了对包括奥林匹克知识产权在内的各种知识产权样态提供刑事保护程序;第二,不仅在筹备、举行奥运会期间,在奥运会结束以后一个相当长的“后奥运时代”都客观地存在着相当数量的侵犯奥林匹克知识产权案件,“知识产权犯罪行为在随着智力成果产权价值的不断提高而呈上涨态势,与对有形财产的危害相比,知识产权犯罪行为更具有社会危害性”^[8],在这一领域加大刑事保护的力度确有必要;第三,奥林匹克知识产权的特殊性决定了其对刑法保护的依赖性:奥林匹克知识产权客体往往是各种知识产权样态

的混合或者是现行刑法没有明确纳入保护范围的新型客体,诸如“Citius. Altius. Fortius.”(更快、更高、更强)⁹¹之类原先被排斥于知识产权法律刑法保护体系之外但又经常遭受侵犯的文字口号类奥林匹克标志很有必要纳入刑法保护的范畴。

3 TRIPS 协议下中国奥林匹克知识产权的刑法保护实践

3.1 中国奥林匹克知识产权的刑法保护现状

中国现行立法从宏观到微观为奥林匹克知识产权提供了 3 个层面的刑法保护。宏观层面上,刑法典以第三章第七节专门规定了“侵犯知识产权罪”,从 213 条到 220 条总括规定了侵犯商标专用权、专利权、著作权、商业秘密等主要知识产权形态的各种罪名,并且明确了相关的单位犯罪罚则。这是中国知识产权刑法保护的核心部分,对包括奥林匹克知识产权在内的全体知识产权提供普通的刑法保护,也是其他刑法保护层面发挥效用的基础。中观层面上,著作权法、专利法、商标法等知识产权单行法规均规定了相应的附属刑法条款,为包括奥林匹克知识产权在内的全体知识产权提供基于刑法典的保护。微观层面上,奥林匹克标志保护条例第 10 条也明确了有关奥林匹克知识产权刑法保护的有关条款。此外,在知识产权海关保护条例、北京市奥林匹克知识产权保护规定等行政法规、地方规章中也规定了相应的奥林匹克知识产权刑法保护条款。可以看出,中国奥林匹克知识产权的刑法保护主要还是依托宏观层面的刑法典有关专节规定,无论是中观还是微观层面的相关条款,都千篇一律地表述为“构成犯罪的,依照刑法追究刑事责任”。这些条款都没有对刑法典的内容做出具有实质性的解释、补充、修改,很难将其归类于真正意义上的附属刑法,因此中国奥林匹克知识产权的刑法保护还是要通过刑法典规定的“侵犯知识产权罪”来实现。

3.2 中国奥林匹克知识产权刑法保护现状与 TRIPS 协议的差距

具体到中国对于奥林匹克知识产权的刑法保护实践,我们可以发现中国刑法的保护程度并不低于 TRIPS 协议对各成员的基本要求,刑法典已经为各种侵犯知识产权犯罪设定了不超过 7 年的有期徒刑和没有限额的罚金。可以说,中国在刑事实体立法层面已经达到了 TRIPS 协议的基本要求,问题的关键在于刑事司法层面的实际运行效果。换句话说,中国奥林匹克知识产权的刑法保护与 TRIPS 协议的差距集中体现在相应的刑事保护程序缺失方面:第一,侵犯奥林匹克知识产权刑事案件在刑事诉讼中属于公诉案件,大

部分案件由公安机关经济犯罪侦查部门侦查终结后移送人民检察院审查起诉,这与 TRIPS 协议序言中强调的“知识产权是私权”格格不入,本应由奥林匹克知识产权权利人选择诉诸刑事诉讼还是民事救济的权利反而不恰当地被刑事公诉的惯常程序所变相剥夺;第二,根据中国刑事诉讼法和民事诉讼法的级别管辖规定,侵犯奥林匹克知识产权民事案件由中级人民法院一审,绝大多数中级人民法院、高级人民法院都设置了专司知识产权纠纷的民事审判庭,而侵犯奥林匹克知识产权刑事案件作为普通刑事案件由基层人民法院的刑事审判庭一审。在刑事证明“排除合理怀疑”高于民事证明“高度盖然性”的诉讼证明要求下,现行的审级管辖与 TRIPS 协议第 41.2 条要求的“知识产权执法程序应当公平合理”明显不符;第三,侵犯奥林匹克知识产权刑事附带民事案件仍遵循“先刑后民”的普通审判模式,而对于此类法定犯罪来说,民事侵权的严重程度直接决定了是否构成刑法意义上的犯罪,因此实践中出现了部分民刑程序无法衔接的问题,同时还存在着罚金与损害赔偿的隐性冲突等一系列问题。

3.3 TRIPS 协议下纯粹侵犯奥林匹克知识产权的刑法保护

严格地说,就纯粹侵犯知识产权的犯罪而言,侵犯奥林匹克知识产权与侵犯其他知识产权并没有什么本质区别,唯一的区别在于侵犯奥林匹克知识产权犯罪对象的特殊性。TRIPS 协议保护相对独立的 7 类知识产权,而奥林匹克知识产权是各种知识产权相交的一个集合概念,不仅包括 TRIPS 协议保护的版权与邻接权、商标、工业品外观设计、专利、未披露信息等,还存在着一些 TRIPS 协议所无法涵盖的格言、旗帜等特殊对象。权利客体的复杂多样性决定了纯粹侵犯奥林匹克知识产权刑事案件适用法律条款的复合性,例如侵犯同一奥林匹克标志的行为会同时侵犯权利人的著作权和商标专用权,可能同时构成中国刑法上的侵犯著作权罪和假冒注册商标罪,因而会发生刑法上“想象竞合犯”的情形。中国刑法理论上的“想象竞合犯”是指行为人实施一个行为触犯数个罪名的情况,“所谓一个行为,不是从构成要件的评价上看是一个行为,而是基于自然的观察,在社会的一般观念上被认为是一个行为¹⁰⁰”。如上文所述,中国为奥林匹克知识产权提供基于刑法典的集中刑法保护,虽然侵犯奥林匹克知识产权的行为经常涉及到复合性法益的问题,但由于中国的知识产权单行法都没有设定真正意义上的附属刑法条款,因而纯粹侵犯奥林匹克知识产权犯罪无论是在立法上还是司法上,都不存在较大问题而始终

处于刑事法治的常态运行之中。

3.4 涉及奥林匹克知识产权的其他犯罪

司法实践中,还存在着大量并不以奥林匹克知识产权为目标,但却涉及奥林匹克知识产权的其他犯罪现象。这类犯罪不是刑法上的侵犯知识产权犯罪,但却直接或间接地给奥林匹克知识产权带来了某种负面影响进而侵蚀了权利人的实体权利。此种动向在中国的现行立法上也早有反映,最有趣的当属《奥林匹克标志保护条例》——此行政法规仅有一个涉刑条款,而就是这唯一的涉刑条款规制的竟然也不是侵犯知识产权犯罪。该条例第 10 条第 2 款规定“利用奥林匹克标志进行诈骗等活动,触犯刑律的,依照刑法关于诈骗罪或者其他罪的规定,依法追究刑事责任”,可见立法者也清醒地意识到涉及奥林匹克知识产权犯罪的触角已经扩展到知识产权的范围以外,确有必要从综合治理的视角对这一动向编制出更加严密的刑事法网。

在涉及奥林匹克知识产权的其他各种犯罪活动中,最为常见的是利用奥林匹克知识产权进行花样繁多的诈骗活动,区别于目的行为与手段行为的不同而可能构成中国刑法上的诈骗罪、合同诈骗罪、伪造事业单位印章罪等。如 2005 年 11 月至 12 月间,徐某伙同曲某等人私自以“评选奥运首选品牌”为名,先后与北京大发正大有限公司、北京桑普阳光技术有限公司、时代兴辰生物技术(北京)有限公司签订“品牌宣传协议”,骗取上述公司共计 6 万余元,被北京市海淀区人民法院一审以合同诈骗罪分别判处有期徒刑 1 至 4 年^[11]。该案中,3 名被告人以非法占有为目的,在未取得奥林匹克标志权利人授权的情况下,虚构事实,以“评选奥运首选品牌”为名与部分企业签订协议,骗取钱财,其行为均已构成合同诈骗罪是无需争辩的。但被告人在实施诈骗行为的同时,其手段行为不可避免地利用了奥林匹克知识产权,给奥林匹克知识产权的良好声誉和质量保证带来了隐性损害,这类问题已经成为现阶段奥林匹克知识产权保护的新课题。

本文写作时,正是第 29 届奥运会在北京如火如荼进行,半个月的奥运盛会行将结束,两次申奥、12 年

的辛勤努力即将划上一个圆满的句号。然而对于奥林匹克知识产权的保护仍然任重道远,特别是在 2008 年北京奥运会结束之后的后奥运时代,这一领域的问题会层出不穷。妥善地处理好奥林匹克知识产权的刑法保护问题,不仅会完善奥林匹克知识产权本身的保护体系,而且会进一步带动中国知识产权保护的整体水平,从民事救济、行政管理、刑事制裁的各个视阈将中国的知识产权保护推进到一个崭新的高度。

参考文献:

- [1] 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 12.
- [2] 唐广良, 董炳和. 知识产权的国际保护[M]. 修订版. 北京: 知识产权出版社, 2006: 2.
- [3] 郑成思. 版权法[M]. 修订本. 北京: 中国人民大学出版社, 1997: 7-9.
- [4] 第 29 届奥林匹克运动会组织委员会. 奥林匹克知识产权保护文件汇编[G]. 北京: 法律出版社, 2005: 285.
- [5] 韦之. 《保护奥林匹克会徽内罗毕条约》介绍[J]. 科技与法律, 2004(2): 77.
- [6] 刘强, 胡峰. 奥林匹克标志保护的历史沿革[J]. 武汉体育学院学报, 2007, 41(10): 21.
- [7] WTO Document. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights[S]. Article 61.
- [8] 刘宪权, 张晗. 论知识产权刑法保护的必要性和适度性[J]. 犯罪研究, 2006(4): 3.
- [9] 中华人民共和国国家工商行政管理总局商标局. 商标公告[EB/OL]. <http://www.ctmo.gov.cn/931>: 1.
- [10] 张明楷. 刑法学[M]. 3 版. 北京: 法律出版社, 2007: 373.
- [11] 李京华. “评选奥运首选品牌”骗局案 3 犯被判刑[EB/OL]. (2007-05-29). <http://kbs.cnki.net/Forums/24598/ShowThread.aspx>.

[编辑: 黄子响]