

# 海峡两岸商标权刑法保护的比较研究

黄磊

(上海大学知识产权学院, 上海 201800)

**摘要:** 海峡两岸由于政治上长期以来的对峙, 形成两地法律制度上差异。本文就两岸商标权刑法保护, 在刑法保护对象、犯罪构成和刑事责任等三方面进行比较, 以求最大限度的合理地保护商标权人的权利, 促进两岸经贸往来的健康发展。

**关键词:** 商标权; 商标侵权; 侵犯商标权犯罪; 刑法保护

**中图分类号:** D923.43   **文献标识码:** A   **文章编号:** 1008-309(2005)03-0016-04

海峡两岸虽有相同的历史文化背景, 但由于政治制度及经济发展水平的不同, 随着时代的变迁, 造就了两岸法律制度上的差异。就成文法而言, 台湾地区最早可追溯至 1904 年清政府颁布的中国历史上第一部具有现代意义的商标法规《商标注册试办章程》, 后北洋政府于 1923 年颁布了中国历史上第一部正式的《商标法》, 该法对商标权的保护重点是刑事责任, 而关于商标权的民事保护在商标法中规定得十分少而模糊<sup>[1]</sup>。1930 年南京政府通过的《中华民国商标法》(以下简称台湾地区《商标法》)原无刑事处罚的规定, 实践中遇到侵犯商标权犯罪情况, 概依 1935 年公布的《中华民国刑法》(以下简称台湾地区《刑法》)中的“妨害农工商罪”定罪处罚。1972 年修正《商标法》时, 才增订刑事救济的规定并于 1983 年大幅修正<sup>[2]</sup>。台湾地区《刑法》则在刑法分则第十九章“妨害农工商罪”中以第 253、254、255 条分别规定了“伪造仿造商标商号罪”、“贩运伪造仿造商标商号之货物罪”和“对商品为虚伪标记与贩卖陈列输入该商品罪”。台湾 1991 年公布的《公平交易法》(以下简称台湾地区《公平交易法》)中对仿冒商标而有妨碍公平竞争的行为, 除可以请求民事救济外, 也有刑事处罚的规定。总的看来, 台湾地区有关商标权的刑法保护规定散见于刑法、商标法及公平交易法之中, 而且都可以独立适用。

大陆对商标权的刑法保护开始于 1979 年颁布的第一部刑法典《中华人民共和国刑法》(以下简称 1979 年《刑法》), 该法第 127 条规定:“违反商标管理法规, 工商企业假冒其他企业已经注册的商标的, 对直接责任人员处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金。”我国 1982 年《商标法》第 40 条对此作了照应性规定。由于该罪的犯罪主体范围非常狭窄, 仅限于“工商企业”, 惩罚对象仅限于“直接责任人员”, 保护对象也仅限于“其他企业已经注册的商标”, 而且法定刑偏轻。所以, 此项规定在当时虽曾起到积极的作用, 但随着社会现实的发展变化, 已不能有效遏制严重侵犯商标权的犯罪行为。因此全国人大常委会于 1993 年 2 月做出了《关于修改商标法的决定》, 与此同时还通过了《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》, 对 1979 年《刑法》第 127 条进行了修改和补充。现行《刑法》则使我国对商标权的刑事保护规定进一步完善。

收稿日期: 2004-08-09

作者简介: 黄磊(1970-), 男, 安徽界首人, 硕士研究生, 研究方向: 知识产权法

## 一、刑法保护对象的比较

台湾地区《商标法》共 10 章 94 条，10 章分别是总则、申请注册、审查及核准、商标权、异议、评定及废止、权利侵害及救济、证明标章、团体标章及团体商标、罚则、附则。在第 9 章，即罚则当中，规定下列行为是犯罪，从中可以看出其保护对象：1. 于同一商品或服务，使用相同之注册商标或团体商标者；2. 于类似之商品或服务，使用相同之注册商标或团体商标，有致相关消费者混淆误认之虞者；3. 于同一或类似之商品或服务，使用近似于其注册商标或团体商标之商标，有致相关消费者混淆误认之虞者。对照该法第四章商标权中第 29 条之规定，台湾地区《商标法》中认为构成犯罪的侵犯商标权的行为均是侵犯注册商标专用权的行为；4. 明知为前述商品而贩卖、意图贩卖而陈列、输出或输入者。

同时，台湾地区《公平交易法》第 6 章罚则第 35 条规定凡有下列第 20 条第一项规定之行为，经中央主管机关依法限期停止、改正其行为或采取必要更正措施，而逾期未停止、改正其行为或未采取必要更正措施，或停止后再为相同或类似违反行为者，要给予刑事处罚：1. 以相关大众所共知之商标为相同或类似之使用，至于他人商品混淆，或贩卖、运送、输出、或输入使用之行为；2. 以相关大众所共知之他人标章为相同或类似之使用，致与他人营业或服务之设施或活动混淆之行为；3. 与同一商品或同类商品，使用相同或近似于未经注册之外国著名商标，或贩卖、运送、输出、输入使用该项商标之商品之行为；4. 以相关大众所共知之他人商品容器、包装、外观为相同或类似之使用，至于他人商品混淆，或贩卖、运送、输出或输入使用之行为。“侵害未经注册之外国著名商标罪”是台湾刑事法中一项比较特殊的罪名，目前大陆并无此项规定。但在该条第二、三项又作了限制：以普通使用方法或善意为相同或类似使用的行为不在此限。但事业因它事业之行为致其营业、商品、设施或活动有受损或混淆之虞者，得请求它事业附加适当表征。

此方面台湾地区《公平交易法》保护的主要是知名商品的商标、名称、包装、装潢以及外国驰名商标。因为公平交易法的立法目的在于维护交易秩序与保护消费者利益，确保公平竞争，促进经济安定与繁荣<sup>①</sup>。所以，针对知名商品及驰名商标的易受侵害性，规定凡有此类侵权行为并有碍公平竞争者，符合一定条件的，要承担相应的刑事责任。而且，对受侵害的商标并不要求已经注册。可以看出台湾地区相关法律视为犯罪的商标侵权行为之多，足以说明台湾地区刑事法对商标权保护范围之广泛，由此可知其对无体财产权的重视。

大陆对商标权的权利设定主要体现在《中华人民共和国商标法》中，根据该法规定，商标权主要包括以下权利：注册商标专用权、禁用权、转让权、许可权、续展权，分别在《商标法》的第 3 条第 1 款、第 52 条、第 39 条、第 40 条和第 38 条中有所体现。同时，该法第 13 条对驰名商标（注册或不注册）给予特殊的法律保护。

从以上大陆商标法对商标权基本权利的规定，我们可以发现，海峡两岸对商标权基本权利内容的规定大致相同，甚至对商标专用权的规定也基本相同。同时，大陆《商标法》中有禁止反向假冒注册商标行为的规定，台湾地区《商标法》中则无此项规定。所谓反向假冒商标，是指未经他人许可，在自己所有的他人生产的商品上使用自己商标的行为。它表现为行为人在市场上购进他人生产的商品，然后以自己的商标标识替换他人的商标标识，并将该替换后的商品继续投入流

<sup>①</sup> 参见台湾地区《公平交易法》第 1 条

通,从而损害其他商品生产者及消费者的合法权益,损害他人商品声誉,扰乱了市场竞争秩序<sup>[3]</sup>。我国《商标法》第 52 条第 4 项规定的“未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的”行为即是反向假冒注册商标的侵权行为。但在对商标权的刑法保护方面,两地则有很大的差异。

大陆刑法关于商标犯罪的规定有三条,分别为第 213、214、215 条中的“假冒注册商标罪”、“销售假冒注册商标的商品罪”和“非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪”。从规定中可以看出,保护的主要是商标权中的注册商标专用权,与台湾地区相关法律相比,后者不仅保护了大陆刑法所保护的商标权的权利,而且保护的权力范围更为广泛。此方面大陆刑法主要存在以下不足之处:

1. 缺乏对注册服务商标的保护。虽然大陆商标法第 4 条有“本法有关商品商标的规定,适用于服务商标”的规定,而且该法第 59 条有关于注册商品商标的侵权行为构成犯罪要追究刑事责任的规定,但最后依托于刑法具体适用时,并无对侵害注册服务商标的行为定罪处罚的规定,此类侵权行为显然不属于刑法调整的范围。

2. 注册商品商标的保护范围狭窄。大陆刑法只对在同一种商品上的商标侵权行为追究刑事责任,但对在类似商品上的此类行为未作规定。而且,行为人所使用的假冒商标只有和他人的注册商标相同的情形下才可能构成犯罪,而非台湾地区《商标法》规定的那样,在类似商品或服务上使用与他人近似的注册商标者,也可能构成犯罪。

3. 对知名商品的商标、驰名商标的保护力度不够。台湾地区《公平交易法》中规定对侵害“相关大众所公知之商标”或“未经注册之外国著名商标”的行为经有权机关制止而仍不更正者,需承担相应的刑事责任。而我国法律对侵害未经注册的知名商品的商标、外国驰名商标的行为不认为是犯罪。

4. 与商标有关的其他识别性标志不属于刑法保护的权力范围。与商标有关的其他识别性标志主要指商号、原产地标志、知名商品特有的名称、包装、装潢等。商号,是经营者(商人、厂商、企业)在经营活动中用于表彰自己的营业或者企业的名称,是经营者人格化、特定化的标志。商号是企业名称中具有特征性的名称或特殊名词,它能使不同的经营者相互区分,同时它能够维系和表彰经营者的商业信誉,与商标、专利一样,是经营者的一种无形财产<sup>[4]</sup>。原产地标志,又称地理标志,是指表明一种商品来源于某一成员的领土内、或者该领土内的一个地区或地方的标志,而且该商品的特定品质、信誉或其他特征主要是由于其地理来源所致<sup>①</sup>。可见,商号是经营者信誉的代表,原产地标志则代表了特定地方的商品的品质。随着我国市场经济体制的逐步确立,商事主体将迅速增加,如何保护众多商事主体的商号权,维护正常的市场秩序是我们亟需解决的重要问题。我国也是一个地大物博的国家,各地方具有本地特色的商品比比皆是,它们不仅丰富了国人的生活,而且许多商品也出口创汇,有效地保护原产地标志,既是对某一地方特产的保护,也事关我国在国际社会的商业信誉。因此,在仅追究行为人行行政、民事责任不足以阻止对商号、原产地标志及知名商品的名称、包装、装潢的侵害时,也可考虑借鉴台湾地区的做法,将此类侵害行为纳入刑法调整的视野。

总之,扩大商标权的刑法保护范围,不仅仅是对商标权的保护问题,还涉及到国际社会对大陆的看法,以及大陆在国际社会中的商业形象问题。

<sup>①</sup> 参见世界贸易组织《与贸易(包括假冒商品贸易)有关的知识产权协议》第 22 条

## 二、犯罪构成要件的比较

台湾地区相关法律对犯罪构成要件做了较为详细的规定，与大陆刑法第 213 条、第 214 条及第 215 条相比，既有相同点，又有相区别之处。相同点在于：（一）对于犯罪主体的规定基本相同，即自然人和单位（法人）都可成为犯罪的主体；（二）在主观方面都表现为故意。不同点主要体现在：

1. 虽然台湾地区和大陆的法律均规定自然人和单位（法人）可成为犯罪主体，但两者对自然人成为犯罪主体的要求不同。台湾地区刑法典将已满 14 周岁规定为完全负刑事责任的年龄时期<sup>①</sup>，大陆则将已满 16 周岁规定为完全负刑事责任的年龄时期。另外，台湾地区相关法律对法人作为犯罪主体的规定亦不同于大陆。在台湾地区《刑法》、《商标法》中，法人不构成侵犯商标权的犯罪。在公平交易法中，依该法第 35 条、第 38 条之规定，法人可构成犯罪。大陆刑法典第 222 条则直接规定了对单位犯罪的双罚制。

2. 大陆刑法典把侵犯知识产权罪规定在破坏社会主义市场经济秩序罪一章中，说明侵犯商标权的犯罪客体为复杂客体，包括他人的注册商标专用权和国家商标管理制度。台湾地区在规制侵犯商标权的犯罪行为方面，并不像大陆那样，仅仅依凭刑法典的规定，同时还发挥附属刑法的作用，即刑法典和附属刑法并行使用，都能单独定罪量刑。由于各法律的立法目的不同，调整的社会关系不同，因此规定犯罪侵犯的客体亦不同。从商标法的规定可看出，此类犯罪侵犯的是商标专用权；刑法典把此类犯罪规定在妨害农工商罪一章中，说明此类犯罪侵犯的是农工商秩序；公平交易法的规定则显示其保护的是公平竞争秩序和商标专用权。显然，台湾地区侵犯商标权的犯罪客体复杂得多。

### 3. 客观方面

（1）台湾地区相关法律规定只要有侵犯有关商标权权利的行为都可定罪处罚，而情节、后果如何则在所不问；大陆刑法却不同，相关法条中规定或有“情节严重”或有“销售金额数额较大”的情形，才构成犯罪。可见，海峡两岸在规定侵犯商标权的客观方面有所不同。从刑法理论上说，台湾地区有关侵害商标权犯罪的规定处罚的是行为犯，大陆刑法则关注的是结果犯或情节犯。

（2）调整的行为范围不同。大陆刑法只规整使用、销售、伪造、擅自制造的行为，台湾地区《刑法》除把上述行为作为打击的对象外，还把意图使用、陈列、输出、输入、运送假冒注册商标的商品等行为作为打击的对象。而这类行为，类似于我国《商标法实施条例》第 50 条和最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 1 条中的“故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的”及“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”商标民事侵权行为。对于这类行为，笔者的观点，属于知识产权即发侵权行为。所谓即发侵权（Imminent Infringement），根据其英文原义，是指即将发生的侵权行为。顾名思义只能是尚未发生的侵权行为，而不可能是已经发生的但实际损害尚未发生的侵权行为<sup>[5]</sup>。这类行为在销售假冒注册商标的商品罪中体现得最明显。对这类侵权行为，权利人可申请司法机关采取临时措施，以及时有效地防止侵权行为的发生。这仅在我国《商标法》中有规定<sup>②</sup>，但并未

① 参见台湾地区《刑法》第 18 条

② 参见《中华人民共和国商标法》第 57 条

上升到给予刑事处罚的高度。

从上述比较中可以发现,大陆刑法不仅打击的行为对象远远少于台湾地区相关法律的规定,而且又在此基础上作了情节、金额等限制,对侵犯商标权的犯罪行为未免有打击不力之嫌。因此,在犯罪的构成要件上,台湾地区的有关法律规定值得大陆刑法借鉴。

### 三、刑事责任的比较

台湾地区的相关法律,针对不同的犯罪行为,规定了不同的法定刑。但总体来看,适用自由刑偏轻,适用自由刑的犯罪行为也较少,大多适用罚金刑。处刑较重的行为为侵害知名商品的商标及未注册之外国著名商标的行为,自由刑和罚金刑的最高限分别为三年和一亿元新台币。大陆刑法则与此大相径庭,自由刑偏重,最高可达七年,而且每个罪名都可以适用自由刑。

在自由刑的适用方面,笔者认为两地不存在孰优孰劣的问题。因为判断的标准不仅仅是依据刑法学理论(比如刑法的谦抑性等),也不仅仅是他国或地区的规定,而应该结合本国或本地区的实际情况,做出相应的法律规定。台湾地区 1935 年刑法典由于“罪”的构成要件不够严谨,范围不够周延且“刑”过于轻,于 1972 年修正台湾地区《商标法》时,首次纳入“侵害他人商标专用权”(第 62 条)及“恶意使用他人商标名称”罪(第 63 条)。由于量刑较轻,而当时假冒之风日盛,刑事制裁的规定不足以起到对假冒者的震慑作用。导致 1978 年的台美贸易谈判首次将假冒商标问题列入谈判议程之中,并使得台湾政府处理假冒商标问题的方式发生重大变化,随后多次修正商标法,其中刑罚规定的最高刑曾为五年以下有期徒刑。历经数年严厉打击,假冒行为亦大幅减少,足证刑事制裁措施之有效性<sup>[6]</sup>。所以,由于处于不同的经济发展阶段,大陆现阶段采取严刑重罚的举措惩治侵犯商标权犯罪的行为是适当的。

在罚金刑方面,两地的规定也大不相同。台湾地区相关法律针对不同的犯罪行为规定了罚金的最高限,从新台币一千元到一亿元不等,而罚金刑的下限,依台湾地区《刑法》第 33 条之规定,为一元。仅从刑法典看,大陆刑法没有明确规定罚金的上下限,但依有关的司法解释,罚金的最低数额不能少于一千元,未成年人犯罪的罚金最低数额不能少于五百元<sup>①</sup>。虽然如此,大陆刑法这种有下限而无上限的罚金刑的规定,与台湾地区相关法律相比较,司法人员自由裁量的空间还是比较大的。

台湾地区《刑法》颇具特色之处还在于罚金刑和自由刑的折抵以及劳役刑和罚金刑的折抵。如台湾地区《刑法》第 41、42 条规定,对于宣告刑在六个月以下者,可以罚金折抵刑期。同时,对于无力执行罚金刑者,又可以劳役折抵罚金。与大陆刑法典相比,这样规定的优点在于,行为人最终总是不能从其犯罪行为中获得非法利益。因为在大陆,有些行为人犯罪后,故意将所得非法利益藏匿,虽被判执行罚金刑,但若其拒绝交纳,执行机关又不能发现,最后往往不了了之。刑罚的特殊预防作用便大打折扣,也起不到对其他意图犯罪者的震慑作用。

### 四、结语

通过以上比较,可以看出,大陆与台湾各自颁布实施的商标法,分属两种社会制度下不同的商标权法制,并且根源于不同的法理和不同体系的商标法学基本理论。两岸商标权立法中对某些商标权保护所涉之基本问题的具体规定,亦有一些差异。随着两岸科技文化与经贸交往的深入发

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》(法释[2000]45号)第2条

展, 正确认识其差异与分歧, 寻求公正合理的有利于两岸交流的解决差异与分歧的法律和政策途径, 为两岸人民的经贸往来提供全面充分的商标权法律保护, 已成为我们亟需解决的重要问题。笔者惟愿本文的比较研究, 能对此有所裨益。

#### 参考文献

- [1] 杨和义. 商标法选论[M]. 重庆: 重庆出版社, 2003
- [2] [台]曾陈明汝. 商标法原理[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2003
- [3] 黄勤南, 段广平. 反向假冒商标行为法律研究[J]. 政法论坛, 1999, (1): 20-25
- [4] 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999
- [5] 张广良. 知识产权侵权民事救济[M]. 北京: 法律出版社, 2003
- [6] [台]张为安. 我国大陆及台湾地区关于制裁假冒行为的法律制度比较分析[A]. 见: 唐广良. 知识产权研究(第十一卷)[C]. 北京: 中国方正出版社, 1999. 78-135

## Comparatively Studying the Trademark Protection by Criminal Laws between the Mainland and Taiwan

HUANG Lei

(School of Intellectual Property, Shanghai University, Shanghai, China 201800)

**Abstract:** There have been many differences in the legal systems between Taiwan and China Mainland for a long time. With the frequent interchanges between Taiwan and China Mainland in recent years, the differences emerge distinctly. In order to more favorably protect the owner's rights and promote the interchanges between the two sides, the article concentrates on the difference in respect of protecting the trademark in the criminal law by comparatively studying these aspects, such as protecting objects, the constitution of crime, criminal duties and so on.

**Key words:** The right of trademark; Trademark infringement; Offence against the right of trademark; Protecting trademark by criminal laws