

余敏友-评“美国诉中国知识产权保护与执法案”



来源方式：原创

评“美国诉中国知识产权保护与执法案”对知识产权执法的影响*

余敏友* * 廖丽褚童* * *

一、美国向WTO诉中国“影响知识产权保护和执法案”简介

2007年6月7日至8日，美国根据《世界贸易组织争端解决与程序谅解》（DSU，下称协定）（TRIPS协定）第64条的规定，请求与中国就其知识产权保护和实施措施和刑事处罚的门槛，2）海关对没收侵犯知识产权商品的处理，3）中国不予未4）对于仅从事未经授权作品的复制或发行的人不能适用刑事程序与刑事处罚。请求加入磋商。由于双方不能在DSU规定的60天内达成协议，美国于8月21日请求成察院在2007年4月通过了第二个《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若组的诉求中删去了第四项诉求，仅就前三个问题对中国提起诉讼。

（一）刑事程序和刑事处罚的门槛问题

美国在其成立专家组的请求书中指出，中国刑法第213条（假冒注册商标罪）、第（非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪）规定某些侵犯商标的行为构成犯重”、“情节特别严重”，或“销售金额数额较大”、“销售金额数额巨大”；（销售侵权复制品罪）规定了某些盗版行为构成犯罪，但第217条规定这些行为必节”或“违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节”的条件，第218条要求这些国认为，由于这些门槛的设定，一些达到商业规模的恶意商标侵权行为和盗版行金惩罚对这些侵权行为也起不到威慑作用；由于这些门槛，中国没有满足TRIPS切有效的措施以制止商业规模的恶意冒牌和盗版行为。因此，中国的措施不符合TR

（二）对海关没收的侵犯知识产权商品的处理

美国认为，中国《海关保护条例》第27条、《〈海关保护条例〉实施办法》第30条：产权的货物的处理规定了顺序，在这种顺序之下，海关有义务优先适用拍卖等方货物。美国认为，这种处理方式使侵权商品通过拍卖等方式回到商业渠道，违反的方式似乎意味着海关缺乏依据TRIPS协定第46条命令销毁侵权货物的权威，因此

（三）拒绝给予未经批准出版或发行的作品以版权和相关权利的保护

美国这一指控主要针对中国《著作权法》第4条第1款，该款规定：“依法禁止出该款规定使那些被禁止出版或发行的作品的作者不能享受《伯尔尼公约》（1971

规定违反了TRIPS协定第9.1条的规定；另外，《伯尔尼公约》第5.2条规定，权不要履行任何手续，中国《著作权法》第4条规定将给予作品版权保护与作品出版前尼公约》的这一规定，并进而违反了TRIPS协定第9.1条的规定；由于第4条的规定者）和录音制作者的相关权利（相邻权）以保护，因此，该条与中国承担的TRIPS为中国国民的作品、表演（或其录像品）和录音制定了不同于外国作品、表演（这种不同的措施似乎导致了给予前者更有利的保护，因此不符合TRIPS协定第3.1.或与其他有关规定、措施一起）实际上使那些没有得到许可或被禁止的作品、表有满足TRIPS协定第三部分规定的“WTO成员应保证本部分所规定的执法程序依照制止任何侵犯本协定所包含的知识产权的行为”、以及在一些版权侵权中适用刑根据TRIPS协定第41.1条和第61条所承担的义务。

（四）争端解决进程

2007年9月25日，争端解决机构(DSB)正式通过了设立专家组的决定。12月13日WTO判期间有关争端解决谈判的新西兰代表Adrian Macey，世界知识产权组织前副总官办公室高级国家政策顾问Sivakant Tiwari组成专家组。阿根廷、澳大利亚、西哥、中国台北、泰国和土耳其作为第三方参与本争端。专家组于2008年10月9日交最终报告，2009年1月26日专家组报告向WTO各成员公布，对三项争议措施分别第一、中国《著作权法》，特别是第4条第1句违反了TRIPS协定第9.1条所纳入的条的规定；

第二、中国有关海关措施违反了TRIPS协定第59条所纳入的TRIPS协定第46条第4句第三、驳回美国关于中国的刑事门槛违反TRIPS协定第61条第1句义务的指控。

专家组建议中国根据裁定修订其《著作权法》和海关措施中的相关内容，使之符2009年3月20日，争端解决机构召开会议审查通过专家组报告，美国表示不上诉并3月27日，中美双方均未提出上诉。3月29日，争端解决机构正式通过了这一专家：二、本案的主要影响

2007年美国向WTO诉中国“影响知识产权保护和执法的措施案”，是美国在WTO针TO成立专家组处理涉及TRIPS协定执法条款的第一个案件。它既是美国在单边和双和执法问题上对中国施加新的压力，又是以美国为代表的发达国家近些年来加速：将不仅对中美贸易关系产生重大影响，而且对TRIPS协定所确定的知识产权保护与：发展中国与发达国家围绕知识产权保护与执法标准的“世界性论战”产生意义：

（一）对美国的主要影响

在专家组报告公布前，有学者对案件结果和影响做了分析和预测，主要认为美方先例以及证据不足等而处于不利地位。有美国学者质疑美国提出申诉的时机是否例。此前，美国曾向WTO提起了四起涉及知识产权执法的争端，但都没有进入专：PS协定规定的是执法的最低标准，各WTO成员可以依据自己的实际情况确定适当的协定做出解释的情况下，很难证明中国知识产权执法措施违反TRIPS协定。其次效果不一定明显。以海关措施为例，美国认为中国海关拍卖侵权货物的措施不符：因为争议措施在实践中本来就很少使用，但修改个别规定的做法对于改善知识产：且中国在诉讼中获胜，这一专家组报告的结论将对国际贸易秩序产生重要的影响：准的解释上，这种解释会与美国在诉讼中提出知识产权执法措施对侵权行为“不：专家组最终支持了中国，广大发展中国家会从中受益，而知识产权的主要持有者：案件判决可能引起的贸易报复会影响中美两国的经贸关系，从而认为美国在向WTO2009年1月26日，专家组报告刚刚发布，美国贸易代表（USTR）就迅速宣布美方产：产权保护不充分，在一些重要问题上不符合TRIPS协定的义务。随后，媒体也相：道。然而在一片看似欢欣鼓舞的气氛当中，法律专家们却不约而同地发出了另外：米歇尔·吉斯特（Michael Geist）指出，任何读完了专家组报告的人都会发现，：t badly)。因为在案件最重要的问题——刑事门槛和海关措施上，几乎中国的房：大失败。英国欧华律师事务所北京代表处的美国律师Stan Abrams认为，认为这：想法，美国产业很难从中获得实质性的利益。《福布斯》杂志刊发题为“WTO针：论，讽刺“美国欢呼WTO的裁决内容空泛且为时尚早”，评论援引美国律师史蒂夫

赢不过是个非常技术性的问题，没有实际意义。在此案唯一重要的刑事处罚门槛中，竹篮打水一场空。”迪金森在另一篇文章中还认为，美国政府或许一开始就国媒体出版产业和应对国会压力，只好“明知不可而为之”。

（二）对中国的主要影响

1. 对中国知识产权保护与执法的影响

首先，在对中国海关执法措施的认定上，专家组明确指出，中国的执法措施高于边境措施只适用于进口货物，而中国海关执法不仅适用于进口货物，也适用体系的肯定。

其次，在对TRIPS协定条款的解释上，专家组强调了TRIPS协定顺应各成员国法律条款时，专家组认为该条款没有规定WTO成员主管当局只能实施某些特定的救济方式，主管当局有权在国内法授权的范围内决定采取任何一种具体的措施。在解释第或假冒行为是否构成“具有商业规模”时，应当从成员的实际情况出发，通过具及刑事措施这类与国家安全有关的争端时，专家组认为，还应当考虑国家主权的最后，专家组肯定了知识产权的私权性质，这与TRIPS协定强调民事保护的特点一产权海关执法措施程序的启动以申请为前提，海关没有义务主动启动执法程序，接行动。尽管知识产权保护与执法的确依赖国家强制力，但知识产权保护的实施求并承担执法费用。

综上所述，在海关执法措施上，中国基本获得了胜利，美国只得到了微弱的支持。国没有达到通过这起诉讼迫使中国提高知识产权执法标准的目的。无论如何，在达国家的压力而被动采取不符合中国实际情况和发展水平的知识产权执法与保护的负担，更有可能危及国内的技术创新和经济发展。

对中国来说，从短期来看，作为本案的当事方，中国应尽快履行WTO争端解决机制指责，甚至贸易报复的威胁。从长远来看，中国完善包括执法措施在内的知识产权发展的需要。实施知识产权战略，是提高自主创新能力、建设创新型国家、促会奋斗目标的重大战略抉择。我国应当根据国家经济和社会发展的目标，健全有识知识产权保护体系。

2. 对中国参与WTO争端解决活动的影响

首先，加强了中国在WTO处理贸易纠纷的信心，有助于今后更积极地运用WTO规则全进入全球多边贸易体制，逐渐从旁观者转变为参与者，日益频繁地成为在WTO等悉WTO规则，积极应诉，充分准备，运用规则维护国家和企业利益。这次争端，是识知识产权保护问题，结果令人满意。通过诉讼，中国明确了在WTO体系下自身应承担机构解释协定的规则，在参与WTO活动、运用国际规则方面又进了一步。在世界范围内可能遭遇更多有关知识产权保护的诉讼，也同样应当以积极的态度去对待，也国际贸易争端中占据主动。

其次，注意证据和资料的收集。要在诉讼中占据主动，掌握大量具有说服力的证据支持美国有关刑事处罚门槛的主张，一个主要的原因是由于美国提出的证据不足作为证据是不够的。在今后的诉讼中，中国应当进行充分的调查取证，特别注意：

（三）对国际知识产权执法机制和贸易体系的影响

鉴于各国实际发展水平的差异，在制定全球统一的知识产权保护最低标准时，TR成员能够依照自己的实际情况制定最适当的知识产权执法措施。发达国家及其利产权保护，因而竭力在多边、区域和双边场合掀起了新一轮制定全球知识产权执泛的超TRIPS执法标准。这次美国起诉中国，也是其启动多边机制，希望通过WTO标准的一次尝试。本案涉及的海关执法措施和刑事执法措施，正是发达国家主要在海关执法方面，特别值得注意的是通过国际海关组织（WCO）制定的海关统一知案。SECURE草案中包含的执法范围和力度大大超过了任何以前的由TRIPS为代表的



TRIPS协定第51条规定的“进口货物”扩展到“包括进口、出口、运输、仓储、转运物”扩展到“涉及其他知识产权的货物”。在经济措施方面，SECURE改变了TRIPS的规定，而规定所有侵权货物都应当被销毁。在刑事执法措施方面，尽管TRIPS规定了刑事执法措施，但发达国家往往要求将刑事执法措施扩展到其他知识产权侵权类型，并要求将权利持有人应承担的举证责任转移到政府。尽管美国和欧盟自身的国内法将刑事处罚措施扩大到其他知识产权侵权类型上去，还可能导致过度保护和发达国家要求提高全球知识产权执法标准的主张和广大发展中国家要求坚持TRIPS执法标准的全球性大辩论，目前这场辩论中的观点越来越趋于两极化，以发达国家要求实施超TRIPS的执法标准。发展中国家反对这一主张。支持强化知识保护措施会使所有国家（包括发展中国家）从中受益，例如国家可以获得更多的税收，但认为这一主张缺乏确实证据支持，特别是对于发展中国家而言。发展中国家强化知识保护措施持有人和公司获益，但国家因此获得的利益可能不能弥补由此产生的投入。此外，保护标准而受到影响。因为过于严格的知识产权执法意味着企业将花费大量财力，这往往是发展中国家的市场所不能负担的。对于发展中国家的人民来说，他们更关心国家必须保证将其有限的社会资源投入到能够最大程度确保公众利益的领域中去。在贯彻知识产权执法标准和分配知识产权执法资源时，如何在私权和社会公共利益之间寻求平衡，关于知识产权执法的国际性讨论实际上是一个更广泛的问题，与其面临的挑战之间寻求平衡，以确保知识产权保护体系给各国带来的利益高于发展和改进了自身知识产权保护体系的发展中国家的利益。

从本案结果来看，专家组在解释TRIPS协定所规定的最低标准时，相当谨慎。专家组认为，知识保护措施的义务，具有很强的灵活性，WTO成员可以运用自由裁量权并制定符合其国内法以及术语含义的认定，应当充分考虑成员的实际情况。专家组报告无意创立全球统一的最低标准。这是专家组报告，它对TRIPS协定的解释，澄清了TRIPS协定在执法方面的义务提供了条件，为今后类似案件提供了不可忽视的先例，在一定程度上限制发达国家在执法方面的行径，对发展中国家坚持知识产权保护和执法的最低标准提供了支持。

值得注意的是，WTO争端解决机构的这一裁决，可能使发达国家重新采取主要通过双边机制解决争端。在专家组报告公布之前，就有美国专家声称，一旦中国在本争端中获胜，TRIPS协定将降低对TRIPS协定和WTO争端解决机构的信任，指出要解决与中国的知识产权争端，其他双边机制可能更为实用和有效。当前双边及区域贸易协定的竞相发展，已经对TRIPS协定构成侵蚀。必须警惕双边和区域贸易协定对TRIPS协定确立的全球知识产权保护和执法标准的侵蚀。

三、正确认识知识产权保护，认真对待知识产权执法

（一）国际知识产权执法的法律和政策的发展趋势

历史上，国家知识产权体制随着经济和社会的变化而发展。但直到19世纪，一些国家才签订国际协定。最初协定缔约方主要是欧洲国家，而不包括美国（虽然后来成为最具竞争力的国家）。美国的不受损害才促使美国与其他工业国寻求扩大知识产权的全球保护，以获得知识产权产业的强烈推动发达国家提高多边渠道的知识产权执法水平。TRIPS协定部分内容的实施，也包括一些义务平衡方面的规定。TRIPS协定不仅为知识产权保护在国家而且首次规定了有关国家知识产权执法的措施和程序方面的国际义务。但是TRIPS协定的一体化或统一化，各国管辖范围内的知识产权保护标准仍存在重大实质性的差别。为缔约各国留有很大余地，既允许缔约各国适用具有不同灵活性的各种条款，其重要的灵活性之一是，各国自由决定其履行协定条款的方式，包括知识产权执法措施。发展中国家之所以在乌拉圭回合同意TRIPS协定，一个主要原因在于期望该协定能防止发达国家对发展中国家知识产权的单边报复行为。TRIPS协定生效以来，发达国家又通过新的多边和双边机制进一步强化TRIPS协定的内容。为维持本国知识产权体制平衡而面临的一个主要挑战。

美国采取了一系列措施加强知识产权执法：第一，1999年成立全国知识产权执法部、专利商标局、国际贸易管理署、国土安全部（包括海关边境保护局和移民与海关执法局）担任该委员会主席职务的国际知识产权执法协调员（Coordinator for International Intellectual Property Enforcement）以进一步加强领导。第二，2004年10月美国政府宣布实施“打击有组织盗版战略”。

OP!），要求政府部门扩大并增强对知识产权持有人的协助。第三，2006年3月美
terfeiting in Manufactured Goods Act），将贩卖假冒标志和包装的行为也视
委员会联合发布反垄断法和知识产权报告，强调知识产权执法，同时限制适用反
8年司法部连续向国会提交知识产权执法新法案。第六，美国最高法院审理的知
欧盟委员会2003年颁布打击涉嫌侵犯知识产权产品的海关行动和打击证实已侵犯
布有关知识产权执法的2004/48/EC号指令。2005年欧委会通过了一项第三世界国
强化第三世界国家知识产权执法成为欧盟、美国和日本知识产权方面主要的对外
致努力通过多边、区域和双边途径提高知识产权的全球执法。欧盟、美国与日本
寻求强制实施知识产权权利的各种方式：第一，在G8共同议程中，把知识产权执
商。第二，要求WTO把知识产权执法列入TRIPS理事会常设议程。第三，加大向WTO
orcement, ACE）施压力度，使之能够制订诸如“关于执法的最佳实践和指南”之
际刑警组织在知识产权执法方面的作用，特别是通过边境控制和刑法的适用。第
定（FTAs）和经济合作伙伴协定（EPAs）中，订入超TRIPS义务的知识产权执法的具
许多发展中国家在过渡期结束后，于2000年开始实施TRIPS协定。最不发达国家要
惠国待遇的义务。在发展中国家内，最值得注意的知识产权执法趋势是知识产权
知识产权意识的活动，加强政府机构对知识产权执法的合作，建立专门的知识产
察行动，审查、修改和制定相关知识产权法律。

尽管1995年TRIPS协定引入了知识产权保护与执法的全球性最低标准，但在TRIPS
行的背景下，发展中国家正面临着日益增大的加强知识产权执法的压力。当前广
一，当国家资源不足并且应向卫生和教育等重点发展领域投入时，如何维持一个
产权持有人滥用知识产权权利，包括通过滥用知识产权执法程序来滥用知识产
国家技术转让、创新与创造的影响？第四，为确保可强制执行的知识产权的质量
公共利益的平衡，特别考虑到近些年来国际场所正在提高各种超TRIPS协定标准的
综上所述，国际知识产权执法的法律和政策的发展趋势是：强化知识产权权利的
权执法水平和效率，注重国际协调。具体来说，美国国内政策是严格知识产
则是积极协调知识产权执法标准和执法机制。发达国家协商一致努力在多边、区
国家正面临着日益增大的加强知识产权执法的压力，知识产权执法似乎主要是发

（二）知识产权保护与执法体制必须满足各国的特殊需要并符合具体国情

知识产权保护是一项非常复杂并且学科交叉性的行为，知识产权保护背后的原因
命；（2）道德；（3）名声；（4）保护消费者；（5）收入损失；（6）促进投资
（9）政治力量的博弈。其中一项或几项因素都可能影响或决定一国知识产权的抄
各国法律体制大不相同，不同国家体制的知识产权执法程序和措施也不一样。为
国政府应该拥有决定其行政机构和法律程序的政策空间。知识产权侵权应当主要
法律授予个人的权利，并由知识产权持有人来实施。国家可以坚持要知识产权持
动的首要责任。行动的发起及其耗费的成本都取决于知识产权持有人。

在大部分发达国家，知识产权持有人通过民事程序来解决侵权纠纷。与刑事处罚
产权持有人更为有用。刑法，在处理知识产权侵权方面作用有限，并且在此类案
只有知识产权侵权是蓄意并具有商业规模或对国家造成其他重大威胁时，刑法才
冗长而昂贵的诉讼程序，投诉人一般不会对侵权人采取任何诉讼行动而是选择法
慑手段予以利用，但这很可能造成公众的怨恨，也与知识产权体制本身的运作不
采取警察搜捕和适用刑法的执法机制可能具有很大的威慑力，但也可能具有高度
公共资金，民事程序则允许私人当事方实施自身的权利，不需要使用大量的公共
损害的范围和适当救济方面，如果知识产权持有人不发挥主导作用的话，即使执
实现。确定有关国内立法可适用的措施和程序的一个中心问题是确定该国在多大
因此，尊重知识产权执法程序的有效性比知识产权本身更重要。

为了保证知识产权体制适当平衡，知识产权执法政策应包括：（1）除保护知识
三方和公众的合法利益，提供知识产权的适当限制和例外规定以及规范不正当竞
该公平和公正。

综上，国家自主推行和实施与其国际义务相符合的知识产权法对于国家知识产权

体制是否能够推动经济和社会政策目标的实现，与该体制是否满足各个国家特殊

（三）完善我国知识产权执法体制的主要建议

对我国来说，我国知识产权执法需要考虑下列四点：第一，把知识产权保护纳入知识产权保护水平与促进其他公共利益与社会利益之间的适当平衡；第三，促进知识产权国际知识产权执法机制向一种更有助于可持续发展的互利共赢的国际知识产权制

1. 执法措施必须公平公正，在知识产权持有人的权利和第三方的权利以及知识产权虽然政府应该为知识产权持有人提供法律途径以强制实施其权利，但知识产权持有人应主动发起任何法律行动并承担所有费用。对知识产权侵权适用刑法要慎重